

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

**INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
“ORTEGA Y GASSET”**

**TESIS DOCTORAL**

**Estado y empresa militar de seguridad privada: hacia el  
establecimiento de una legislación internacional. El caso del Derecho  
estadounidense**

Doctorando

**TOMÁS CASILDO MONTES HERNÁNDEZ**

Dirigida por el Doctor

**ALFONSO JESÚS IGLESIAS VELASCO**

**PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

Madrid, 2013



El doctorando quiere dejar constancia de que esta investigación ha sido financiada con una beca de la Fundación Carolina-Universidad Nacional Autónoma de México.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
 <b>CAPÍTULO I. EL ESTADO COMO GARANTE TRADICIONAL DEL MONOPOLIO DE LA FUERZA ARMADA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES.....</b>	 <b>7</b>
I.A. El Estado-Nación y el uso de la fuerza armada .....	7
I.B. El Estado y el uso de la fuerza armada en la Sociedad de Naciones.....	19
I.C. El Estado y el uso de la fuerza armada en la Organización de las Naciones Unidas...	23
I.D. El Estado superpotencia y la seguridad internacional: su participación en las primeras operaciones de mantenimiento de la paz (OMPs) de la ONU.....	31
I.E. El Estado hegemónico y la seguridad regional: la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el Pacto de Varsovia y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) durante la Guerra Fría.....	34
I.F. El Estado ante los servicios de información y espionaje como garantes de su seguridad nacional e internacional durante la Guerra Fría.....	52
 <b>CAPÍTULO II. DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO HEGEMÓNICO EN LOS ORGANISMOS REGIONALES Y OMPs A LA APARICIÓN DE LAS EMPRESAS PRIVADAS DE SEGURIDAD.....</b>	 <b>59</b>
II.A. El Estado hegemónico en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) .....	60
II.B. El papel del Estado hegemónico en la Organización de Estados Americanos (OEA)	76
II.C. El Estado hegemónico y las operaciones de mantenimiento de la paz en la posguerra fría.....	89
II.D. La política estadounidense ante el continuo crecimiento de las empresas privadas de seguridad en la posguerra fría.....	94
 <b>CAPÍTULO III. LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA (ESP) EN EL CONTEXTO DE LA POSGUERRA FRÍA .....</b>	 <b>107</b>
III.A. El Estado y las ESP: los primeros intentos de regulación internacional .....	107
III.B. Los atentados terroristas en Estados Unidos y el fortalecimiento de las empresas internacionales de seguridad privada .....	124
III.C. Las empresas de seguridad privada y las empresas militares privadas (EMSP) .....	130
III.D. Las ESP/EMSP y el Derecho Internacional Humanitario bajo el contexto de la lucha internacional contra el terrorismo .....	140
III.E. Estados Unidos y la guerra contra Irak en 2003 .....	147
III.F. Las ESP/EMSP en Irak a partir de 2003 .....	149
III.G. La construcción de un marco teórico para las ESP/EMSP.....	160

<b>CAPÍTULO IV. EL ESTADO Y LAS ESP/EMSP EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL .....</b>	<b>163</b>
IV.A. Las ESP/EMSP y el Derecho Internacional Humanitario: El inicio de un proceso de reforma .....	163
IV.B. El Documento de Montreux y el proyecto de Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas .....	169
IV.C. La responsabilidad civil de las ESP/EMSP por infracciones del Derecho Internacional Humanitario.....	178
IV.D. Los Tribunales Militares de Núremberg y la responsabilidad civil de las empresas privadas .....	185
 <b>CAPÍTULO V. LA LEY DE REPARACIÓN PARA EXTRANJEROS DE 1789 (ATCA) Y SU ALCANCE EN LA RELACIÓN ESP/EMSP - DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO .....</b>	<b>195</b>
V.A. La ATCA de 1789 .....	195
V.B. El concepto de Reparación en el Derecho Internacional y el Derecho Estadounidense.....	208
V.C. La ATCA ante los tribunales federales estadounidenses como la acción directa para reclamar reparación por violaciones del Derecho Internacional Humanitario.....	221
V.D. La ATCA ante la Revolución del Conflicto de Leyes en Estados Unidos .....	230
 <b>CAPÍTULO VI. EL CASO <i>BLACKWATER</i> DE 2007 EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....</b>	<b>243</b>
VI.A. Las argumentaciones principales de las partes en el caso <i>Blackwater</i> .....	245
VI.B. Las fuentes del <i>Common Law</i> en el sistema judicial estadounidense .....	250
VI.C. La Doctrina en el <i>Common law estadounidense</i> .....	252
VI.D. El Régimen Federal, el Régimen Estatal y el Derecho Internacional .....	270
VI.E. El Tribunal Supremo de Estados Unidos.....	279
 <b>CAPÍTULO VII. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: EL PROBLEMA CON LAS ESP/EMSP Y SUS DESAFÍOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL.....</b>	<b>289</b>
VII.A. El originalismo y el constructivismo en la interpretación estadounidense, y la orden del juez del Distrito de Columbia de 2009 en el caso <i>Blackwater</i> .....	289
VII.B. La teoría jurídico-filosófica en casos difíciles de Dworkin, y su relación con la teoría de Gordon en el Derecho estadounidense .....	308
VII.C. La decisión judicial de Ricardo Urbina en el caso <i>Blackwater</i> y la falta de un marco teórico para la parte general del Derecho penal en el <i>Common Law estadounidense</i> .....	312
VII.D. El <i>stare decisis transversal o cruzado</i> : una propuesta para fortalecer el Derecho estadounidense ante la debilidad causada por su escasa jurisprudencia sobre las ESP/EMSP .....	318

VII.E. El <i>Plea Bargaining</i> y el <i>Plea Agreement</i> : su utilización en casos relacionados con las ESP/EMSP .....	324
VII.F. Los Contratos en el <i>Common Law</i> y el <i>Common Law</i> estadounidense .....	335
VII.G. El Derecho estadounidense y sus recientes leyes militares ante los nuevos actores: los “contratistas militares privados”, un eslabón en el Derecho internacional .....	349
VII.H. El caso <i>Hamdan vs. Rumsfeld</i> .....	361
VII.I. El actual Pragmatismo Jurídico estadounidense: una barrera a la regulación de las ESP/EMSP .....	367
 <b>CONCLUSIONES</b> .....	 375
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 381
Bibliografía general .....	381
Bibliografía especializada en Estado y seguridad .....	409
Bibliografía especializada en empresas militares y de seguridad privada .....	415
Bibliografía especializada en Derecho estadounidense .....	423
Jurisprudencia .....	435
Documentos oficiales .....	443
Páginas electrónicas .....	449





## **ABREVIATURAS Y SIGLAS**

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AECA	Ley de control de armas de exportación de Estados Unidos
AHLADI	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
AOIP	Asociación de Operaciones Internacionales para la Paz
APP	Asociación para la Paz
ATCA	Ley de Reparación para extranjeros
CCR	Centro de Derechos Constitucionales
CCAN	Consejo de Cooperación del Atlántico Norte
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CICTE	Comité Interamericano contra el terrorismo
CIA	Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos
CJTF	Concepto de Agrupaciones de Fuerzas Conjunto-Combinadas
CPI	Corte Penal Internacional
CUJM	Código Uniforme de Justicia Militar
EAPC	Consejo de Asociación Euro-Atlántica
SOFA	Estatuto del Acuerdo de Fuerzas
EMSP	Empresas militares de seguridad privada
ESP	Empresas de seguridad privada
FBI	Oficina Federal de Investigaciones de Estados Unidos
FMAA	Regulation of Foreign Military Assistance
Harv.Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
IS	Intelligence Service
ISAF	International Security Assistance Force

KGB	Komitet Gosudarstvenoy Besopastnosti
LTS	Estudio a Largo Plazo
MPRI	Military Professional Resources Incorporated
NRA	Asociación Nacional del Rifle
OEA	Organización de Estados Americanos
OCS	Organización de Cooperación de Shanghai
OMPs	Operaciones para el mantenimiento de la paz
ONG	Organizaciones Internacionales No Gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OTSC	Organización del Tratado de Seguridad Colectiva
PESDC	Política Europea de Seguridad y Defensa Común
Pub.L.	Public Laws (Leyes públicas de Estados Unidos)
Rec. des C.	Recueil des Cours (Academia de Derecho Internacional de La Haya)
R.E.D.I.	Revista Española de Derecho Internacional
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
TIAR	Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca
UEO	Unión Europea Occidental
UNTS	United Nations Treaty Series
U.S.C.	United States Code (Código de Estados Unidos)

## **INTRODUCCIÓN**

La presente investigación realiza un análisis sobre una materia de plena actualidad, la regulación de las empresas militares y de seguridad privada, cuya problemática no acaba de ajustarse a los conceptos y términos de los instrumentos internacionales. Por ejemplo, cuando se observa entre la doctrina y la práctica la pretensión de comparar y/o calificar a las compañías militares y de seguridad privada como *mercenarios*, existen en ello intereses políticos y económicos que no pueden ignorarse.

Ciertamente, esto ha impedido hasta ahora que cualquier intento de regulación pueda concretarse, como el reciente proyecto de la ONU de *Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas*, o bien que los Estados se limiten a establecer acuerdos de carácter no vinculante como el Documento de Montreux de 2008<sup>1</sup>. Sin embargo, estas disposiciones son rebasadas por la propia dinámica que envuelve a las empresas militares de carácter privado, convertidas en un referente obligado tanto para los Estados como para las organizaciones internacionales en la solución de los conflictos, ya sean internos o internacionales.

Es indispensable construir alternativas que permitan una aproximación para tan complejo fenómeno, por ejemplo a partir del principal país proveedor de las compañías militares y de seguridad privada, Estados Unidos, desde la perspectiva de su derecho interno. Como es sabido, las raíces del ordenamiento estadounidense se encuentran en el *Common Law*, ahora fuertemente cuestionado ante la impunidad de que gozan en muchas ocasiones dichas empresas y su personal en los conflictos armados internos e internacionales donde participan, en particular en las actuales zonas de guerra (Irak y Afganistán), así como en otros lugares de gran inestabilidad internacional, como África y Colombia, con la consiguiente ola de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>1</sup> *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, de 17 de septiembre de 2008 (recogido en el documento de Naciones Unidas A/63/467-S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008, pp.4-30).

En cuanto a la estructura del presente trabajo de investigación, este se encuentra organizado en siete capítulos, con el desarrollo en cada uno de ellos del análisis científico de diferentes aspectos del tema objeto de esta tesis, y cuenta con unas conclusiones finales, que recogen algunas propuestas que presentamos sobre esta materia. Así, en el primer capítulo la presente investigación aborda un análisis sobre el Estado y el monopolio del uso de la fuerza armada desde una perspectiva histórica, hasta comprender su actual debilitamiento en cuestiones militares y el surgimiento de la privatización de los ejércitos de los países más poderosos, como Estados Unidos, Reino Unido, Rusia o Francia, entre otros, fenómeno que inevitablemente ha caracterizado con mayor énfasis el clima de posguerra fría desde la última década del siglo XX.

En este apartado se hará énfasis en la supremacía que ha tenido el Estado sobre cualquier entidad jurídica internacional en relación con el monopolio del uso de la fuerza armada, cristalizada tanto en los Derechos estatales como en la práctica de las organizaciones internacionales, verbigracia la Sociedad de Naciones, la Organización de las Naciones Unidas y los organismos regionales creados a partir de 1945.

Con esta finalidad, se desarrolla el capítulo segundo dedicado a la reestructuración del Estado hegemónico en los organismos regionales y la aparición del fenómeno moderno de las empresas privadas de seguridad, comenzando con la Organización del Tratado del Atlántico Norte, el Pacto de Varsovia y la Organización de Estados Americanos, en donde se señalaba al Estado como el sujeto y actor principal de las normas contenidas en el orden internacional.

En dicho ordenamiento internacional el Estado dispone de todos los instrumentos de poder con la finalidad de gobernarse tanto en su territorio como en el seno de la sociedad internacional. Con estos criterios, el Estado posee la atribución más importante desde la perspectiva del Derecho Internacional: regular el uso de la fuerza armada.

En este capítulo se señala la compleja estructura que estableció el Estado moderno y contemporáneo para cumplir con su función como monopolizador del uso de la fuerza y, sin embargo, al mismo tiempo el Estado se fue encontrando con un sector empresarial cada vez más empeñado en penetrar en el ámbito de la industria militar y de seguridad. Dicho proceso ha ido tomando fuerza sobre todo con el fin de la Guerra Fría y la desaparición de importantes oligarquías militares estatales, que vieron desvanecerse sus

intereses económicos y militares. Es innegable que los ejércitos de masas pertenecen al pasado y que en la actualidad se da preferencia a las fuerzas armadas con un número menor de efectivos, dotándoles de todos los medios tecnológicos más avanzados. Este es precisamente el eje de análisis del tercer capítulo de esta investigación, la eclosión de las empresas militares y de seguridad privada.

En efecto, en la década de los años noventa y como consecuencia inmediata del fin del enfrentamiento Este-Oeste, las empresas militares y de seguridad privada experimentaron un gran crecimiento apoyadas por los propios Estados nacionales, en particular Estados Unidos y Reino Unido, y acompañados de otros Estados interesados en obtener importantes ganancias económicas, como Sudáfrica y diversos Estados de Europa Oriental y de la ex Unión Soviética.

En este período coyuntural se adoptan las primeras medidas para regularizar las actividades de estas compañías, presentándose las primeras disposiciones jurídicas en el *Common Law inglés*. Sin embargo, solo fue el inicio de un largo proceso destinado a construir un marco regulatorio más efectivo para las empresas militares y de seguridad privada.

En el plano internacional se aprueba la Declaración sobre mercenarios de 1989, ante la necesidad de poder regular el mercenarismo y reafirmar la responsabilidad de los Estados en mantener el monopolio del uso de la fuerza. En dicho instrumento jurídico internacional se emiten normas destinadas a reglamentar el empleo de las armas de fuego por las instituciones policiales; sin embargo, en la práctica el interés de las grandes potencias se centraba en continuar fortaleciendo a las empresas militares y de seguridad privada, con la idea de encargarles la resolución de importantes conflictos regionales, al considerarlas necesarias en este nuevo orden mundial.

El cuarto capítulo de la presente tesis doctoral se centra en los intentos para incluir y regularizar a las empresas privadas de seguridad dentro de las disposiciones del Derecho Internacional y en concreto el Derecho Internacional Humanitario, con la adopción del Documento de Montreux de 2008, y más recientemente, el citado proyecto para la *Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas*. Dichos instrumentos representan ahora el mayor referente en esta problemática, más aún cuando se vienen

produciendo serias infracciones del Derecho Internacional Humanitario en los escenarios de guerra.

Ahora bien, para abordar la responsabilidad civil de las empresas militares y de seguridad privada desde la perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Internacional Humanitario se analizan las propuestas de varios especialistas en el tema, como Éric Mongelard y Jaume Saura. En sus estudios se explican los fundamentos jurídicos internacionales que pueden dar lugar a la responsabilidad civil de las empresas militares y de seguridad privada, con la finalidad de establecer obligaciones para dichas compañías en caso de causar violaciones principalmente del Derecho Internacional Humanitario.

En las páginas siguientes, y en relación con la necesidad de determinar la responsabilidad civil de las empresas militares y de seguridad privada, en el capítulo cinco de este trabajo de investigación se aborda el estudio de la Ley estadounidense de reclamaciones extranjeras, como posible vía para remediar o reparar posibles violaciones del Derecho internacional consuetudinario. Este análisis se centra en la práctica y la experiencia obtenida al aplicar dicha ley en el principal país de origen de las empresas militares y de seguridad privada. Ante el impacto de esta ley aprobada en 1789, la investigación examina, desde diversas metodologías realizadas por especialistas en el Derecho civil estadounidense, la posibilidad de aplicar la responsabilidad civil a las empresas militares y de seguridad privada, así como de fomentar medidas para su posible regulación.

Dentro de esta problemática se analiza, en el capítulo sexto del presente trabajo, la demanda de civiles iraquíes contra la empresa militar y de seguridad privada Blackwater, interpuesta en 2007 en el marco judicial estadounidense, y cuya decisión en primera instancia en favor de los acusados de Blackwater –aunque después revertida en el tribunal de apelación- abrió una etapa de revisionismo del ordenamiento interno de Estados Unidos. Así, el estudio examina las fuentes, procedimientos y doctrinas que existen en ese marco normativo, y en particular el Derecho procesal penal estadounidense. El objetivo es comprender con mayor objetividad el orden jurídico estadounidense y la complejidad que lo envuelve, sobre todo ahora que las empresas militares y de seguridad privada han puesto en evidencia la necesidad de reformular

preceptos y normativas tanto del *Common Law* como del *Common Law estadounidense*<sup>2</sup>.

En el capítulo séptimo, titulado “La interpretación judicial en el Derecho estadounidense: el problema con las ESP/EMSP y sus desafíos para el Derecho Internacional”, la presente investigación propone que es posible acometer una regulación jurídica desde el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*, considerando sus principales principios, doctrinas y sentencias forjadas a través de una larga historia, así como mecanismos como el *plea bargaining*, siendo todo lo anterior una aportación a la problemática que nos ocupa.

Así, la lectura de este capítulo permite identificar aquellos factores jurídicos que podrían influir en la construcción de un marco jurisprudencial dedicado especialmente a estas empresas, pues supondrían un nuevo elemento en el *Common Law* y en el *Common Law estadounidense*, el cual, junto con los instrumentos internacionales vinculantes o no, llenarían esos espacios vacíos a los que el Derecho Internacional hasta el momento no ha podido dar respuesta concreta, pero que intenta cubrir con toda su fuerza.

El escenario político y económico que viene en los próximos años se caracteriza por la presencia incontrolable de actores privados no estatales -a veces ilegales- originados como producto de intereses muy diversos: guerrilleros sin fronteras, grupos paramilitares, fuerzas de choque internacionales, células terroristas, grupos armados de autodefensa, entre otros calificativos; y en numerosos casos se trata de una problemática

---

<sup>2</sup> El *Common Law* es un conjunto de normas jurídicas surgido de las tribus germánicas que poblaron Inglaterra desde el siglo VIII d.c. Más tarde, el Derecho anglosajón se extendió a las colonias inglesas desde el siglo XVII. El *Common Law* se caracteriza por fundamentarse más en la jurisprudencia que en las leyes, y por eso también es llamado sistema jurisprudencial. En este sistema el derecho esta dividido en dos grandes ramas: *law* o derecho de naturaleza rígida conocido como *Common Law*, y la *equity* (del latín *aequitas*, igualdad, justicia), con la cual se declara la competencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales inferiores que integran el Poder Judicial para conocer todas las controversias que se presenten dentro del ámbito constitucional y resolverlas en “derecho y equidad”. Dicho de otro modo, el *Common Law* es el nombre que se le da a la estructura del Derecho angloamericano creado y aplicado en Inglaterra y Estados Unidos, recibiendo el nombre de *Common Law estadounidense* por los tribunales de derecho o de “derecho estricto”, para distinguirlo de esa parte especial del mismo Derecho angloamericano creado y aplicado por los “tribunales de equidad”, es decir, aquellos tribunales que aplican ese tipo particular de jurisprudencia conocido como derecho a la equidad. Vid. Oscar RABASA, *Derecho Angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pp. 10-80.

que ha quedado fuera de control del marco de la ley interna y del Derecho Internacional en su conjunto.

En este sentido, el *Common Law* y el *Common Law estadounidense* tienen una tarea muy compleja, y de los procesos que ellos mismos impongan para transformar o enmendar leyes dependerá que se puedan dar las condiciones necesarias para controlar a estas empresas a la luz del Derecho.

Los datos estadísticos y la evolución de los últimos años ponen de manifiesto que se trata de un fenómeno tendente a consolidarse aún más a lo largo del siglo XXI, y es por ello que la presente investigación se encuentra justificada desde diversas procedencias de análisis -política, jurídica, económica, histórica, sociológica y filosófica-.

La metodología empleada en este trabajo de investigación se ha centrado en buena medida en el análisis jurídico de los diversos ámbitos tratados, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como a la luz de los ordenamientos nacionales, en particular el Derecho estadounidense. Pero, como el lector podrá comprobar, no solo se ha tenido en cuenta el Derecho positivo (legislativo o jurisprudencial, en el marco del *Common Law*), sino que también se han incorporado al estudio realizado ciertos enfoques propios de la filosofía jurídica y de la ciencia política, además de una aproximación historicista en los primeros capítulos, lo que encuentra su explicación en la formación académica previa del autor de esta tesis doctoral.



## **CAPÍTULO I**

### **EL ESTADO COMO GARANTE TRADICIONAL DEL MONOPOLIO DE LA FUERZA ARMADA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES**

#### **INTRODUCCIÓN**

Desde la construcción del Estado-Nación en los albores del siglo XV, éste se fundamentó en los conceptos de patria, nación y Estado<sup>3</sup>. En los siguientes siglos, el ejército sería el baluarte para salvaguardar la soberanía y el territorio nacional. Su sistema organizativo y su capacidad en la formulación estratégica de la guerra le permitieron asegurar el monopolio estatal legal y legítimo de la violencia tanto en el interior de las sociedades como frente a otros Estados. Junto a este proceso, sin embargo, surgió el mercenarismo para dar respuesta a diferentes necesidades de los Estados modernos ante los riesgos y amenazas no cubiertas por los ejércitos estatales.

#### **I.A. El Estado-Nación y el uso de la fuerza armada**

A finales de la Edad Media y en plena conformación de los Estados Nacionales europeos la monarquía absolutista había establecido el servicio militar universal y obligatorio para conformar una institución bélica permanente que garantizara el dominio del territorio nacional así como el ejercicio de su poder soberano<sup>4</sup>. Este ambicioso plan implicó la formulación de sistemas eficientes para el reclutamiento de soldados y el diseño logístico de redes de comunicación y transporte, siendo responsables de dicho proyecto los magistrados, comisarios e intendentes que inspeccionaban las operaciones bélicas de las tropas en los escenarios de guerra.

---

<sup>3</sup> Vid. H. SCHULZE, *Estado y Nación*, Crítica, Barcelona, 1997, pp. 1-20.

<sup>4</sup> Para el estudio del ejército y su relación con el Estado-Nación como institución compleja en todos los ordenes -político, económico, social, histórico, místico, cultural y religioso-, véase Pedro GÓMEZ GARCÍA y Pedro MORÍN, *Las ilusiones de la identidad*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 18 y ss.

Durante esta época cada Estado europeo (en este caso, España, Francia<sup>5</sup>, e Inglaterra) creó su propio diseño bélico y concepciones estratégicas para la guerra, caracterizándose por incorporar en sus filas a oficiales de la alta nobleza, formando así una armada convencional como punta de lanza hacia el dominio de territorios de ultramar en América, Asia y África en las primeras etapas del colonialismo europeo.

Al mismo tiempo, los ejércitos europeos iban gradualmente integrando dentro de su cuerpo militar a hombres voluntarios de múltiples nacionalidades, unidades mercenarias y tropas extranjeras, todas unidas al servicio del monarca absoluto. Es importante señalar que en aquella época aparecieron importantes compañías de mercenarios como la Gran Compañía y la Compañía Blanca, contratados por los propios monarcas feudales para contrarrestar posibles alzamientos de siervos en sus tierras<sup>6</sup>.

En esta dinámica los ejércitos de la monarquía se fueron reformando constantemente para actualizar sus armas. Este proceso obedecía a la idea medieval europea en donde la guerra y la política pertenecían a un mismo concepto. Así, los cambios en las armas se presentaron principalmente en la infantería, caballería y artillería<sup>7</sup>.

En la infantería se mejoraron los esquemas de preparación, organización y combate. Por su parte, la caballería fue incorporada dentro de un esquema funcional, como una unidad táctica para la planificación estratégica de la guerra, dejando de lado la heroicidad señorial, pero conservando privilegios y un sistema de oficialidad. Por otro lado, la artillería modificó la dinámica militar ante la contundencia de su influencia en el combate<sup>8</sup>. Es en esta arma donde posteriormente las clases subalternas mantienen la posibilidad de acceder a la oficialidad y al grupo de estrategias militares.

También el cuerpo del ejército se extendió a varias unidades organizativas, siendo el regimiento el más importante entre los siglos XVI y XVII, el cual a su vez se subdividió

---

<sup>5</sup> Francia fue el primer Estado europeo occidental en crear un ejército permanente en 1445. Vid. Salustiano MORETA VELAYOS y Ángel VACA LORENZO, *La guerra en la historia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, p. 83.

<sup>6</sup> Inma BAYARRI y Rafael MARTINEZ, “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: Entre la Necesidad y el Rechazo”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada., Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 84.

<sup>7</sup> En el siglo XVI, el arte de la guerra europeo combinaba la caballería, artillería, los arcabuceros y los piqueros, fortaleciendo la estructura del Estado colonial. Véase William H. McNEILL, *la búsqueda del poder: tecnología, fuerzas armadas y sociedad desde el 1000 d.c., siglo XXI*, México, 1988, pp. 100-112.

<sup>8</sup> H. SCHULZE, *Estado y Nación, op. cit.*, pp. 21-41.

en batallones y compañías. En este último siglo, durante la guerra hispano-holandesa, el ejército absolutista introdujo un modelo basado en el nombramiento de empleos, oficios y unidades militares.

Con esta política disminuyó pero no desapareció la práctica de utilizar mercenarios. Un aspecto importante es que el poderío naval europeo comenzó a privatizarse. En Inglaterra, por ejemplo, la Royal Navy controlaba las actividades mercantes y se encargaba de combatir a los barcos españoles por las riquezas del Nuevo Mundo, obteniendo grandes negocios<sup>9</sup>.

En este sentido, se puede señalar que existía en ese tiempo una línea en común entre los mercenarios y los ejércitos de conscriptos: la función de hacer la guerra en nombre de un Estado como ciudadanos del mismo. Fue precisamente el Estado moderno quien rompió con todos los modelos medievales de la guerra principalmente en el aspecto defensivo, que se sostenía, como hemos visto, del sector privado, proveedor de ejércitos mercenarios a disposición del contratante. Por su parte, los ejércitos de conscriptos con el tiempo se convirtieron en el principal protector del Estado cuando se encontraba amenazado por la destitucionalización, y por tanto le preservaba de la inestabilidad que pudiera surgir en dicho Estado.

Dentro de este contexto de conformación y evolución de los ejércitos nacionales, se inauguró el primer sistema internacional basado en el equilibrio de poderes y la competencia colonial europea, mediante su concreción en los Tratados de Paz de Wesfalia de 1648 (Osnabrück y Münster), donde el Estado asume la responsabilidad primordial de la seguridad nacional y el monopolio de la fuerza<sup>10</sup>. Además, dicha Paz reforzó el concepto de lealtad de los ejércitos hacia los gobernantes estatales, inyectando autoridad moral a éstos, por lo que las actividades mercenarias disminuyeron en cierta forma<sup>11</sup>.

Este primer sistema interestatal europeo tuvo las siguientes características:

---

<sup>9</sup> W.H. McNEILL, *op. cit.*, p. 112.

<sup>10</sup> En el transcurso de los siglos XVII y XVIII, el concepto de guerra cambió en el Derecho público europeo. En esta nueva doctrina se dejaba de lado la idea de que la guerra era más justa de un lado más que de otro, anteponiéndose el concepto de guerra igualitaria. Vid. R.W. TUCKER, "Exemplar or Crusader? Reflections on America's role", *The National Interest*, n° 2, otoño 1986, p. 73.

<sup>11</sup> Vid. Richard Van DÜLMEN, *Los inicios de la Europa moderna (1550-1648)*, Siglo XXI de España, Madrid, 1990, pp. 381-382.

- El respeto al establecimiento de las fronteras inter-europeas;
- Evitar conflictos de soberanía nacional entre los distintos Estados europeos, proponiendo la igualdad soberana de los Estados;
- No injerencia en los asuntos internos de otros Estados;
- El derecho legítimo del Estado de recurrir al uso de la fuerza en caso de ser necesario por el incumplimiento de lo pactado.

De esta forma se establecen por primera vez las reglas para regular el comportamiento internacional y se reafirma al Estado como la principal institución encargada del uso de la fuerza armada. Con ello la guerra tuvo un carácter internacional, considerada así dentro del ámbito del Derecho Internacional. Además, dichas premisas permitieron poner en marcha un sistema generalizado de seguridad europea<sup>12</sup>.

En este sentido, afirma Hans Kelsen que una de las características principales de las guerras era precisamente constituir una acción dirigida por un Estado o conjunto de Estados contra otros Estados, que tenía por objeto imponer su dominio político y económico utilizando medios aceptados por el Derecho Internacional (clásico)<sup>13</sup>.

De hecho, estas afirmaciones reforzaron la teoría que sostenía que los Estados modernos surgieron a raíz del empleo de la fuerza, por lo que su uso dentro y fuera del Estado estaba plenamente aceptado y justificado, pues muchos de los actuales Estados no sólo en Europa sino en otros continentes se habían creado precisamente a través del empleo de la fuerza.

No obstante, cabe agregar que el Estado se caracteriza por ser un conjunto de instituciones políticas emanadas de la voluntad soberana del pueblo de un determinado territorio, es decir, un ente jurídico que en el orden material hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como internacionalmente.

---

<sup>12</sup> La Paz de Westfalia dio origen al Derecho Público Europeo, el cual se fue renovando en cada proceso de paz europeo hasta la revolución francesa de 1789. Véase Carlos CALVO WEATON, *Historia de los progresos del derecho de gentes, en Europa y América desde la paz de Westfalia hasta nuestros días*, Tomo primero, Besanzon, imprenta de José Jacquin, París, 1861.

<sup>13</sup> Vid. Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1981, pp. 34-44.

Por esto, el aparato institucional del Estado nace bajo el cobijo del Derecho y más concretamente del Derecho Positivo, que responde a la estandarización de las fuentes del derecho, donde el sentimiento nacional y la figura jurídica del ciudadano pretenden dar igualdad de derechos y obligaciones a toda la sociedad<sup>14</sup>.

Fue en esta época de transición del feudalismo al capitalismo donde confluyeron los cuestionamientos morales y los problemas políticos así como de justicia militar en una comunidad jurídica, eliminándose la posibilidad de lograr una moral universalista al crearse una identidad común jurídica, incluso cultural, que condujo a la exclusión de todas aquellas identidades ajenas a esa sociedad.

Esta situación se reflejó en las guerras civiles de la Europa del siglo XVII, que forman parte del proceso de la conformación del Estado, como fue el caso del Estado inglés y posteriormente en Europa central, dando como resultado que el Estado moderno se desligara del concepto generalizado que consideraba a la monarquía absoluta como la mejor forma para administrar a las instituciones públicas gubernamentales, y surgiera la necesidad de constituir una nueva forma de gobierno más equitativa y representativa, como sería el sistema político parlamentario inglés del siglo XVIII<sup>15</sup>.

Dicho gobierno reclamaba, bajo el amparo del Derecho Natural, una zona de seguridad nacional marítima y terrestre para el Estado inglés, cuya concepción de seguridad giraba en torno a lo que llamaba la “garantía total de las fronteras”. Esta política estratégica exigía la constante modernización del ejército inglés, principalmente sus fuerzas navales, para así alcanzar el dominio marítimo global, proyecto del Estado inglés desde el siglo XVIII.

Por otra parte, sin embargo, ante la necesidad de proteger las nuevas rutas comerciales y la incapacidad de los ejércitos terrestres de proporcionarla, los mercenarios volvieron a tomar fuerza y fueron contratados por las compañías comerciales inglesas y belgas en los años siguientes.

---

<sup>14</sup> Vid. Jurgen HABERMAS, *La inclusión de otros Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 83-84.

<sup>15</sup> Vid. Antonio COLOMER VIADEL, *Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI*, editorial de la UPV, Valencia, 2006, pp. 429-430.

No obstante, fue esta visión inglesa del Derecho Natural sobre la seguridad<sup>16</sup>, la que inspiró las políticas estadounidenses respecto a su seguridad hemisférica y mundial. Esto le permitió al naciente Estado norteamericano diseñar un conjunto de leyes de defensa nacional destinadas a crear una estructura jurídica, militar y naval de importantes dimensiones para consolidar una gran potencia en América.

Por otro lado y retomando la evolución Estado-Ejército, en esa misma época el Estado francés establece la División como la estructura organizativa innovadora y contundente en el cuerpo del ejército, debido a que en ella se concentra la posibilidad de la descentralización de las actividades bélicas para la actuación en los distintos escenarios de guerra, al configurarse como una unidad compuesta de brigadas que le permiten actuar independientemente o en operaciones conjuntas.

Para ese tiempo, el ejército estatal ya contaba con fábricas de armamento en serie, estandarizado y homologado por el Estado. También se impondrán uniformes comunes, códigos de disciplina militar y la homologación de la instrucción y las órdenes de mando. De esta manera, en la mayoría de los Estados de Europa Occidental y en otros Estados del mundo se establecieron instituciones militares estatales como los Ministerios de Guerra.

Fue así como en el siglo XIX el Estado moderno se caracterizó por poseer el monopolio de la fuerza, lo que implicaba que sólo el Estado tenía la capacidad y el control militar para imponer el orden en el interior de sus sociedades. Con ese fin estableció ejércitos nacionales constituidos esencialmente por oficiales y suboficiales convertidos en funcionarios públicos insertados en un aparato burocrático totalmente estatalizado, y creó, paralelamente a ello, las primeras academias militares con el objetivo primordial de formar ejércitos nacionales cada vez más amplios y poderosos<sup>17</sup>.

Es en este contexto y dentro del eurocentrismo del siglo XIX donde se originó la conformación del concepto de seguridad nacional ante el reajuste del equilibrio de

---

<sup>16</sup> Un concepto del Derecho Natural contemporáneo es introducido por Howard M. HENSEL (ed.), *Sovereignty and the global community: the quest for order in the international system*, Ashgate, Aldershot, 2004, pp. 36-37.

<sup>17</sup> Vid. Juan Cruz ALLI TURRILLAS, "Ejército profesional y despubblicación de la guerra (Privatización y Externalización en las Fuerzas Armadas). El Retorno al Modelo Tardo-Renacentista" en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 7, segundo semestre 2004, pp. 393-413.

poderes y el reconocimiento de las fronteras territoriales europeas<sup>18</sup>. En esta ocasión el concepto de seguridad nacional se identificó con la necesidad de construir una compleja infraestructura militar para la defensa del Estado y la soberanía, principalmente en zonas fronterizas como fue el caso de la frontera entre Francia y el Imperio Alemán, y entre éste y el Imperio Ruso.

Durante este proceso el Estado europeo creó también una institución militar de consulta llamada el Estado Mayor, integrado por oficiales veteranos en las funciones de comando y en las distintas actividades militares, encargado de asesorar las campañas y acciones de las distintas unidades del ejército, así como de realizar la planificación militar, interpretar y diseñar mapas, o procurar la logística y el abastecimiento, entre otras funciones<sup>19</sup>.

Para la realización de la defensa del territorio nacional y la soberanía, el Estado Mayor dividió por lo regular al Estado en regiones, las cuales tenían distintas características estratégicas de acuerdo con la población, orografía y condiciones climáticas. Todo esto se hacía para disponer de elementos bélicos adecuados con la importancia que cada segmento del territorio tenía en la planificación estratégica en un conflicto armado.

En este orden de ideas, entre 1898 y 1914 se refuerza el concepto de Seguridad Internacional<sup>20</sup> durante el período de la “paz armada”; el Estado Mayor, considerado como la élite administrativa compuesta por asesores militares de alto rango, inició la denominada “ingeniería militar”, con la finalidad de analizar geoestratégicamente posibles teatros de guerra, partiendo de una clasificación histórica de los conflictos armados ocurridos en Europa<sup>21</sup>.

Siguiendo el análisis, en la historia del arte militar se considera que en Europa se desarrollaron guerras de diferente tipo, y así por ejemplo del siglo XVI al XVII se sucedieron las guerras de religión, y del siglo XVIII al XIX las guerras de

---

<sup>18</sup> El concepto de Seguridad Nacional es una variable del Estado, como tal es cambiante y se ajusta a cada necesidad histórica, política y militar. Vid. Gerardo VEGA, *Seguridad Nacional: concepto, organización y método*, Biblioteca Daniel Cosío Villegas, México, 1988, p. 10.

<sup>19</sup> Vid. Carl Von CLAUSEWITZ, *Arte y Ciencia de la guerra*, colección 70, número 116, Grijalbo, México, pp.30-40.

<sup>20</sup> Vid. Sergio AGUAYO QUEZADA y Bruce Michael BAGLEY, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad nacional*, Siglo XXI, México, 1990, pp. 54-55.

<sup>21</sup> Juan Cruz ALLI TURRILLAS, “Ejército profesional y despublificación de la guerra (Privatización y Externalización en las Fuerzas Armadas). El Retorno al Modelo Tardo-Renacentista” *op. cit.*, pp. 390-413.

nacionalismos. Otros autores las clasifican como guerras de posiciones y guerras de maniobras respectivamente<sup>22</sup>.

En cuanto a la dinámica Estado-Ejército, hacia finales del siglo XIX las técnicas estatales militares se transformaron motivadas por el creciente desarrollo del armamento bélico, acompañado por el avance en los medios de comunicación y transporte -como el desarrollo del ferrocarril, el teléfono y el telégrafo-, lo que facilitó la rápida movilización de los ejércitos. La tecnología impactó *inter alia* en el armamento de la infantería, incorporándose entonces la ametralladora y otras armas de destrucción masiva<sup>23</sup>.

No obstante dicho avance tecnológico, en el plano estratégico aun predominaba la idea de la formación de los grandes ejércitos, y en las hostilidades se consideraba a la población civil como parte de ellos; no existía ninguna protección eficaz para proteger a los no combatientes; el concepto de población civil no se aplicaba; las guerras debían alcanzar a todos los niveles del enemigo.

Paralelamente a estos procesos, lo anterior permitió que la economía internacional se sustentara en la expansión de instituciones administrativas federales y burocráticas en gran parte de los países europeos occidentales y en Estados Unidos. Por otro lado, los Estados más poderosos comenzaron a acordar varios Convenios Internacionales destinados a reglamentar la guerra. En este contexto se aprueban los Convenios II y IV de la Haya relativos a las leyes y usos de la guerra terrestre en 1899 y 1907 respectivamente<sup>24</sup>.

A principios del siglo XX, el Estado contemporáneo y el monopolio del uso de la fuerza entraron en un nuevo proceso que sobrepasó en gran medida las experiencias bélicas anteriores: nos estamos refiriendo a la Primera Guerra Mundial, en donde el Estado

---

<sup>22</sup> Arnold J. TOYNBEE, *Guerra y civilización*, Alianza Editorial-Emecé, Madrid, 1976, pp. 56-78.

<sup>23</sup> La Teoría de la estabilidad hegemónica señala que la sociedad capitalista es el resultado de un Estado fuerte y liberal, y con esa característica el Estado asume la directiva del sistema internacional. Sin embargo, como un Estado no puede mantenerse por sí mismo en dicha estructura, surgen rivalidades con otros Estados que serían los conflictos por la hegemonía mundial, lo cual explica los ciclos de la historia política y económica. Véase Antonio CAMPILLO, *Variaciones de la vida humana, una teoría de la historia*, Akal, Madrid, 2001, pp. 230-231.

<sup>24</sup> James BROWN, *Las Convenciones y declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Oxford University Press, Oxford, 1916, pp. 83-85.



capitalista hizo evidente la importancia de desarrollar y seguir fortaleciendo los ejércitos nacionales en busca de la supremacía mundial.

Además, en Estados Unidos, una de primeras potencias de la época, se legitima el discurso donde la libertad se fundamenta en la seguridad, el corporativismo y la hegemonía última del Estado<sup>25</sup>. Se trataba del idealismo político estadounidense de la primera mitad del siglo XX, que buscaba definir el papel del Estado y del ejército ante la ausencia del estado de guerra o de confrontaciones militares, cuyos ejes de acción eran precisamente la paz, la seguridad y el orden internacional y nacional<sup>26</sup>.

En este último rubro, el Estado como principal estructura jurídica trataba de proporcionar la seguridad pública de manera integral principalmente en las grandes ciudades (Nueva York, Chicago, Londres, París, Moscú, entre otras), que seguían registrando altos índices de crecimiento demográfico y delincuencia organizada. Sin embargo, eran pocos los resultados ante la falta de recursos materiales, quedando cuestionadas sus instituciones tanto militares como policiales. Esta situación se vio agravada con la crisis del capitalismo de 1929 en Estados Unidos, que impidió el desarrollo de importantes proyectos sobre seguridad interior y protección civil<sup>27</sup>.

Estos cuestionamientos al Estado llevaron a fortalecer la figura jurídica del ciudadano, quien reclamaba con mayor fuerza la seguridad pública, la libertad, la integridad personal y patrimonial, junto al respeto a la vida privada como ejes rectores del orden público y del interés social<sup>28</sup>. Comienza así un complejo papel para el Estado dentro del ámbito de la seguridad pública interna e internacional.

Fue esta problemática y el constante aumento de los índices delictivos en las grandes urbes los factores que propiciaron el surgimiento no controlado de prestadores de

---

<sup>25</sup> Para Randolph Bourne, analista estadounidense de principios del siglo XX, la unión entre el militarismo y el Estado tipifica los delitos y considera a la guerra como la salud misma del Estado. Vid. José Luis OROZCO, *El Estado pragmático*, UNAM, México, 2004, pp. 204-205.

<sup>26</sup> La primera mitad del siglo XX es el “paroxismo de las guerras interestatales”. Vid. Charles Philippe DAVID, *La guerra y la paz, enfoque contemporáneo sobre la seguridad y la estrategia*, Icaria editorial, Barcelona, 2008, pp. 183-185.

<sup>27</sup> Samuel Schmidt opinaba que “En el capitalismo, las funciones y características del Estado en esencia mantienen una identidad relativamente inalterada en el tiempo, pero en su forma son distintas a partir de cada coyuntura, tanto en el nivel de crecimiento y desarrollo económico, como en la expresión política que tienen las clases sociales en su enfrentamiento”. Vid. Samuel SCHMIDT, *La Autonomía relativa del Estado*, Quinto Sol, México, 1988, p. 94.

<sup>28</sup> Así nace el Estado-seguridad. Vid. José Luis OROZCO, *El Estado pragmático*, op. cit., p.67.

servicios de seguridad privada, que paulatinamente fueron diseñando su propia estructura en orden a la protección hacia la sociedad civil.

A nivel mundial, los prestadores de seguridad privada fueron paulatinamente ganando terreno al Estado cuando se modificaron las fronteras nacionales europeas y se crearon zonas de conflicto que no existían antes de la Primera Guerra Mundial. De hecho, se trataba de ex militares provenientes de los Estados vencedores, como Francia, Reino Unido y los Países Bajos, interesados en crear y desarrollar importantes proyectos de ejércitos privados en Europa<sup>29</sup>.

Junto a este proceso, el espionaje y el contraespionaje comenzaban a cobrar una importancia crucial dentro de los esquemas de los ejércitos nacionales europeos, debido a que los agentes militares constituían la base de los Estados mayores de los servicios de información de las Grandes Potencias. De hecho, en la primera posguerra mundial, el propio Estado y sus organismos de seguridad ya reclutaban a agentes militares convencionales para ser entrenados y llevar a cabo misiones de espionaje principalmente en Estados como Francia, Reino Unido, Alemania, Italia y Estados Unidos, sin importar si eran tiempos de guerra o tiempos de paz.

Precisamente para este último Estado, la Primera Guerra Mundial fue el escenario por excelencia de sus servicios de información, que se hicieron llamar Intelligence Service (IS), cuya función durante el desarrollo de las hostilidades se convirtió en estratégica para la causa de los Estados de la Triple Entente (Reino Unido, Francia, Imperio Ruso), que tenían como aliados a Estados Unidos, Italia y Japón.

Del otro lado del Atlántico, para Estados Unidos el fin de la Primera Guerra Mundial representó el inicio de su proyecto hegemónico conocido con el nombre de “internacionalismo natural de los negocios”<sup>30</sup> o “nuevo orden liberal conservador”,

---

<sup>29</sup> Vladimir Peniakoff, de origen belga, había creado un proyecto de ejército privado tras la Primera Guerra Mundial. Se instaló en la década de los años veinte alternativamente entre Gran Bretaña y Francia, donde logró desarrollar sus aspiraciones. Fue durante la Segunda Guerra Mundial, en octubre de 1942, cuando logró formar el primer grupo de demolición con 23 hombres, el Popski Private Army, que contaba con ex militares de los ejércitos francés y británico. Este grupo militar contribuyó a romper la línea Maret y ayudar a los ejércitos aliados. El ejército privado de Peniakoff participó en la victoria aliada entre 1943 y 1945. Consultar en [www.club-ffl.net/histoire/Popski/Popski1.htm](http://www.club-ffl.net/histoire/Popski/Popski1.htm)

<sup>30</sup> Walter E. Weyl escribía en 1917, “En la economía mundial actual, la nación es la unidad y la fricción internacional la regla, pero el movimiento no sabemos a qué tasa, tiende hacia el mundo de los negocios. Nos hallamos ya en los primeros comienzos del internacionalismo del capital”. Vid. Walter E. WEYL, *American World Policies*, Macmillan, Nueva York, 1917, pp. 77.

como parte del pragmatismo político<sup>31</sup> que ha caracterizado al Estado más hegemónico del siglo XX<sup>32</sup>.

La supremacía del Estado sobre cualquier otra entidad jurídica internacional fue confirmada explícitamente a escala global en el Pacto fundacional de la Sociedad de Naciones, creada en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial, de cuyo texto se deduce que el Estado era el sujeto y actor principal de las normas contenidas en el orden internacional, con la finalidad de fomentar la paz y la seguridad<sup>33</sup>.

En dicho ordenamiento internacional los Estados disponen de los instrumentos de poder para gobernarse ya sea como una entidad propia o en el marco de una comunidad internacional. Con ese reconocimiento, los Estados establecen las premisas para hacer la guerra. Así, los nuevos escenarios internacionales reflejaban los procesos de guerra y de posguerra, y en ellos participaban los Estados más poderosos<sup>34</sup>.

De esta forma, después de cada guerra se abre un proceso diplomático representado por acuerdos internacionales dirigidos a establecer mecanismos políticos para la gobernanza de los Estados, y para que éstos se encardenen dentro de un sistema internacional<sup>35</sup>. Es así como, en este nuevo orden internacional, el Estado es ante todo el garante de la paz y seguridad internacionales, e impulsor de la primera organización de tipo universal: la Sociedad de Naciones. En dicha Organización universal, los Estados se conciertan para el establecimiento de relaciones internacionales con carácter permanente, así como para identificar al Estado como la única entidad legitimada para participar en este ordenamiento jurídico internacional destinado al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> El pragmatismo político es una concepción del mundo que implica una reconstrucción de la filosofía y la cultura. Nace en Estados Unidos para tratar de romper con la influencia del pensamiento europeo basado en los principios del idealismo y el realismo. Vid. José Luis OROZCO, "Las razones del pragmatismo", en *Crítica de la economía política*, núm. 18 y 19, 1981, pp. 227-256.

<sup>32</sup> La hegemonía estadounidense desde el ámbito financiero, económico, filosófico y cultural desde 1916 hasta 1989 es analizada en José Luis OROZCO, *El siglo del pragmatismo político*, Fontamara-UNAM, México, 2004, pp. 5-30.

<sup>33</sup> El Estado, considerado actor nato de las relaciones internacionales, se va construyendo dentro de un clima de bipolaridad. Javier PAREDES, *De la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días*, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 543-570.

<sup>34</sup> Vid. Walter E. WEYL, *The End of the War*, MacMillan, Nueva York, 1918, pp. 223-239.

<sup>35</sup> Vid. Carlos Alberto PATIÑO VILLA, *El origen del poder de Occidente. Estado, guerra y orden internacional*, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 2005, pp. 9-10.

<sup>36</sup> Walter E. WEYL, *The End of the War*, op. cit., pp. 223-239.

Se puede anotar, entonces, que tanto la guerra como la posguerra representan la práctica política de los Estados. A partir de este esquema de poder, los Estados proyectan consecutivamente sus posibles diseños militares. En este ámbito el ejército se convierte en su principal baluarte institucional internacional. Por otro lado, los valores y las formas que un orden internacional promueve son esenciales para proporcionarle legitimidad, cuyo fundamento radica en que representan la voluntad propia de los Estados partidarios de la democracia y la libertad. Por esta razón, destaca la importancia de resolver los conflictos internacionales bajo el ámbito jurídico internacional.

En la esfera de los ejércitos nacionales, sin embargo, aún prevalecía la incertidumbre sobre la colaboración de la población civil cuando una situación de guerra lo requiera, si bien se habían adoptado el II (1899) y IV (1907) Convenios de la Haya relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre<sup>37</sup>. En este sentido, aún había un espacio sin cubrir.

En este tiempo de transformaciones al finalizar la Primera Guerra Mundial, dentro del ámbito de la protección civil y en términos estratégicos, la participación de otros actores con experiencia pero no pertenecientes al ejército estatal fue en aumento, lo que hasta cierto punto se asumió como tolerable. Cabe agregar que en esa época todavía se consideraba a los gastos militares como un bien totalmente público, cuya finalidad tenía que ver directamente con la defensa del territorio nacional. Lo anterior correspondía al pensamiento keynesiano de la primera mitad del siglo XX que sitúa a la guerra como el centro de su teoría al ser el motor de la economía, plasmado en la relación gastos militares-sistema económico capitalista<sup>38</sup>.

De esta manera, al Estado contemporáneo que surgía de la Primera Guerra Mundial le importaba mantener el monopolio de la fuerza armada más que cualquier asunto relacionado con la privatización de la guerra y la protección de personas, como se pudo

---

<sup>37</sup> Raymundo BRENES ROSALES, *Introducción a los derechos humanos: antología*, Universidad Estatal a distancia, San José de Costa Rica, 1992, pp. 87-89.

<sup>38</sup> Florentino MORENO MARTÍN y Florencio JIMÉNEZ BURILLO, *La guerra: realidad y perspectivas*, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 44-45.

comprobar casi inmediatamente con la creación de la Sociedad de Naciones, primer ensayo universal<sup>39</sup>.

## **I.B. El Estado y el uso de la fuerza armada en la Sociedad de Naciones**

En la Sociedad de Naciones, el Estado y el monopolio del uso de la fuerza armada reflejaron la importancia de reglamentar dicho recurso tras el estallido de la Primera Guerra Mundial<sup>40</sup>. La regulación del uso de la fuerza armada quedó establecida bajo la forma de un sistema de seguridad colectiva entre las principales potencias de la época; asimismo, dicho sistema consolidó la relación Estado-ejército estatal a principios del siglo XX<sup>41</sup>.

En efecto, en el análisis del Pacto de la Sociedad de Naciones, éste contenía los primeros instrumentos para la implementación de un sistema de seguridad colectiva en donde el Estado se responsabilizó del uso de la fuerza armada. En este sentido, de acuerdo con el artículo 10 del Pacto de la Sociedad de Naciones<sup>42</sup>, se señalaba la obligación de los Estados de hacer respetar y preservar contra la agresión externa la

---

<sup>39</sup> La Sociedad de Naciones significó para el Estado un desafío a su soberanía, y al mismo tiempo, la oportunidad de universalizar su fuerza. Véase José Luis NEILA HERNÁNDEZ, *La Sociedad de Naciones*, Arco Libros, Madrid, 1997, pp. 1-50.

<sup>40</sup> T.J. KNOCK, *To End All Wars: Woodrow Wilson and the Quest for a New World Order*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 20-45; V.Y. GHEBALI, 'The League of Nations and Functionalism' in AJ GROOM & P. TAYLOR (eds), *Functionalism: Theory and Practice in International Relations*, University of London Press, Londres, 1975, pp. 141-161; A.H.M. VAN GINNEKEN (ed), *Historical Dictionary of the League of Nations*, Scarecrow Press, Lanham 2006; CH.J. TAMS, "League of Nations", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 30 de enero de 2012.

<sup>41</sup> El sistema de seguridad colectiva se caracteriza por la prohibición del empleo de la fuerza armada por iniciativa propia; solamente se permite la utilización de la fuerza en legítima defensa y con la autorización de un órgano central aprobado por el sistema. La acción contra el Estado que ha optado ilícitamente por la fuerza es adoptada de forma colectiva por los demás Estados miembros del sistema; un sistema de seguridad colectiva es una institución cualitativamente diferente a una alianza militar, al englobar a todos los Estados y por ello no es creada contra ninguno de ellos en particular, en tanto la determinación sobre si se ha producido un acto de agresión la lleva a cabo un órgano internacional mediante decisiones vinculantes y no se deja a la libre interpretación de los demás Estados. El sistema de seguridad colectiva no supone la supresión de los ejércitos nacionales, sino su utilización en interés común de la comunidad internacional, cuyo objetivo es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Otros requisitos importantes son el grado de cohesión entre sus integrantes, criterios bien definidos sobre los conceptos de actos de agresión y un consenso sobre el procedimiento de respuesta, así como los medios adecuados para el arreglo pacífico de controversias. Vid. Alfonso J. IGLESIAS VELASCO, *Las operaciones de mantenimiento de la paz: Concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, UAM, Madrid, 2003, pp. 53-54; y M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Público*, tomo I, vol. II, Madrid, 1952, pp. 153-154.

<sup>42</sup> Vid. Pacto de la Sociedad de Naciones en <http://www.dipublico.com.ar/?p=1732>

integridad territorial y la independencia política y soberanía de todos los Estados integrantes de la organización internacional.

El protagonismo del Estado se reflejaba también en el artículo 12 del mencionado Pacto, pues en caso de conflicto sólo los Estados debían someter la controversia a arbitraje, arreglo judicial o a examen por el Consejo de la Sociedad de Naciones, el órgano resolutorio de la organización internacional, y no podían recurrir a la guerra antes de los tres meses reglamentarios que establecía la Carta desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del Consejo. En el artículo 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones se entendía que en el nuevo orden jurídico internacional de la primera posguerra, el Estado era el sujeto por excelencia del Derecho Internacional y que no debía recurrir a la guerra<sup>43</sup>.

También, en el artículo 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones<sup>44</sup> se señalaba al Estado como principal responsable de posibles guerras, en violación de los artículos 12, 13 y 15 sobre resolución pacífica de controversias, y que sus acciones debían ser consideradas *ipso facto* como una declaración de guerra contra todos los miembros de la Sociedad de Naciones. Sin embargo, esta calificación quedaba en manos de cada Estado miembro del Pacto, conforme disponía el inciso 1 del artículo 16 del Pacto.

Por otro lado, en un nivel interno, las sociedades estatales de la primera posguerra se caracterizaban precisamente por un reforzamiento en la centralización del poder político y militar, materializado en el monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de las autoridades políticas de sus respectivos Estados<sup>45</sup>.

Más tarde, en el Pacto Briand-Kellogg entre Estados Unidos y Francia acordado el 27 de agosto de 1928, el protagonismo del Estado se vio reforzado al asumir el compromiso jurídico y el principio de renunciar a la guerra<sup>46</sup>. El Pacto declaraba, entre otros asuntos, que los Estados contratantes declaraban condenar el recurso a la guerra para la solución de los conflictos internacionales y renunciaban a él como un

---

<sup>43</sup> La prevención de la guerra se concretaba con el respeto a los Tratados de Paz y las garantías definidas en el Pacto. La paz universal no podía construirse sin la justicia social, a la cual habría de llegarse con la promoción de la cooperación económica. El Pacto resumía esto en los artículos 23 a 25 como herencia de la cooperación técnica internacional del siglo anterior.

<sup>44</sup> Vid. Modesto SEARA VÁZQUEZ, *La paz precaria: de Versalles a Danzig*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, México, 1971, pp. 257- 300.

<sup>45</sup> Vid. Nemesio CAMACHO RODRIGUEZ, *Derecho constitucional y otros temas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 38.

<sup>46</sup> Vid. Alfonso J. IGLESIAS VELASCO, *op. cit.*, pp. 61-62.

instrumento de su política exterior en sus relaciones con las demás naciones. De esta manera, la guerra como medida lícita del Derecho internacional pasó a quedar expresamente prohibida; fue un compromiso internacional acordado con la finalidad de evitar las guerras y procurar que la solución a las controversias fuera encontrada de una manera pacífica. Así, el artículo 2 del Pacto reconocía que la solución de todas las controversias o conflictos que pudieran surgir entre los Estados (cualesquiera sea su naturaleza u origen) no debería buscarse sino por medios pacíficos<sup>47</sup>.

Es importante recordar cómo el Pacto Briand-Kellogg<sup>48</sup> trataba de dar un orden político-jurídico a la sociedad internacional surgida de la primera posguerra ante la desmedida descentralización del poder político y militar que la caracterizaba en vísperas del inicio de la Segunda Guerra Mundial<sup>49</sup>.

Otro importante documento que fortaleció la relación Estado-Ejército fue la Convención de Montevideo de 1933<sup>50</sup>, donde se señalaba al Estado como la entidad jurídica con derechos y deberes, entre ellos el derecho a desarrollar su ejército y tener el monopolio de la legítima defensa.

Fue así como el Estado pretendía alcanzar en el período de entreguerras la condición de hegemónico y buscaba reafirmarse también como un poder empresarial<sup>51</sup>. Dicha política se siguió principalmente en Estados Unidos como parte de su doctrina filosófica conocida como el “pragmatismo”<sup>52</sup>, que buscaba replantear las necesidades políticas, económicas y sociales del desarrollo de dicho país<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Vid. Celestino DEL ARENAL, “La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2002, Bilbao, pp. 17-85.

<sup>48</sup> Vid. Danilo ZOLO, *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000, pp. 156-157.

<sup>49</sup> La relación entre Estados Unidos y el Pacto Briand-Kellogg es analizada en D.G. McINTYRE, “The Nuremberg Trials”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol.24, 1962, p. 97 y ss. Vid. también Modesto SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1991, p. 342.

<sup>50</sup> Vid. Eugenio GAETE GONZÁLEZ, *La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia, 1935-1965*, Escuela de Derecho de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1972, pp. 377-378.

<sup>51</sup> En esta época el Estado Corporativo se dibuja para reflejar las relaciones de las soberanías privadas, en particular del Estado estadounidense del siglo XX. Vid. José Luis OROZCO, *El Estado pragmático*, op. cit., p.57.

<sup>52</sup> Vid. Eric HERRÁN, *Filosofía política contemporánea*, UNAM, México, 2004, p. 333.

<sup>53</sup> Vid. Laura PÉREZ DÍAZ DE LEÓN, *La Sociología estadounidense: ensayos y textos*, UNAM, México, 2003, pp. 378-379.

Conjuntamente con ello, el modelo estatal autárquico que el Estado había creado para la milicia desde el siglo XIX, se encontraba en plena consolidación<sup>54</sup>. Durante la Primera Guerra Mundial, los ejércitos estatales habían creado una impresionante maquinaria de guerra con tanques y aviones de guerra, así como armas bacteriológicas.

Al estallar la Segunda Guerra Mundial, aparte de esta creciente tecnología bélica, el ejército investigaba, procesaba y juzgaba sus propios delitos y además mantenía un importante sistema penitenciario. Elaboraba mapas geoestratégicos y militares constantemente y construía una importante red de comunicaciones. Asimismo, gozaba de cierta autonomía para gestionar un sistema financiero propio. Ello condujo a considerar al ejército como un cuasi-Estado dentro del Estado.

De esta manera, la milicia estableció modelos de funcionamiento y códigos de conducta pública para suministrar servicios a la población civil, así como para mantener el control de los mares, puertos y ríos estratégicos. Aparte de auxiliar a un gran número de personas en situaciones de necesidad, todo ello generó que las sociedades aceptaran la función doctrinal y moral de sus respectivos ejércitos nacionales.

Fue así como la milicia se hizo responsable de multitud de funciones administrativas relacionadas con la seguridad interior y exterior del Estado contemporáneo. De esta manera, la estructura que había alcanzado el ejército se podía comparar con la del propio Estado; un ejemplo de lo anterior se reflejaba en el ejército de la Alemania hitleriana al invadir, ocupar y suplantarse radicalmente a las autoridades políticas y administrativas de los Estados ocupados durante la Segunda Guerra Mundial.

En dicha época, la milicia se preparaba para enfrentamientos armados a escala mundial entre coaliciones de Estados, por problemas ideológicos y de carácter imperialista. Las fuerzas armadas estatales se caracterizaban por su nivel masivo y la incorporación de nuevo armamento más potente y destructor, como las armas nucleares<sup>55</sup>. De esta manera, la guerra se extendió a toda la población civil, principalmente por la política de

---

<sup>54</sup> Vid. Juan Cruz ALLI TURRILAS, “Ejército Profesional y Despublicación de la Guerra (Privatización y Externalización en las fuerzas armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista)”. *op. cit.*, p. 402.

<sup>55</sup> Mary Kaldor analiza los tipos de guerra que ha experimentado la humanidad, compara los diferentes tipos de violencia y la forma que ha adquirido la guerra en la globalización. Vid. Mary KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001, pp. 20-100.



terrorismo estatal militarizado o de exterminio étnico por parte del ejército nazi y la URSS<sup>56</sup>.

Por otro lado, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos se convirtió en el primer Estado empresarial y militar total de la historia diseñado por su propia aristocracia corporativa, financiera, intelectual y política<sup>57</sup>, lo que le permitió firmar contratos y así obtener grandes ganancias principalmente en Europa, Japón y América Latina<sup>58</sup>.

### **I.C. El Estado y el uso de la fuerza armada en la Organización de las Naciones Unidas**

Esta política donde el Estado es el monopolizador del uso de la fuerza armada fue seguida en la Organización de las Naciones Unidas en 1945 (en adelante ONU)<sup>59</sup>. En este nuevo proyecto de organización internacional e institucionalismo se introdujo nuevamente la famosa fórmula de seguridad colectiva; sin embargo, dicho consenso entre los Estados más poderosos pasó muy pronto a un segundo plano en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, Roosevelt rescató la idea de institucionalizar a Estados Unidos como el promotor de la democracia universal de los grandes negocios y la necesidad de regular su proyecto hegemónico dentro de una organización universal, pues no se trataba sólo de crear una organización para la paz y seguridad internacionales, sino centralizar el poder económico, bancario, financiero y comercial del mundo bajo el liderazgo de Estados Unidos: se crearon así el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, entre otros organismos, todos establecidos bajo el sistema de Bretton Woods.

---

<sup>56</sup> Vid. Arch GETTY y Oleg NAUMOV, *La lógica del terror. Stalin y la autodestrucción de los bolcheviques. 1932-1939*, Crítica, Barcelona, 2001, pp. 5-87.

<sup>57</sup> Los conceptos Estado, Mercado y Leyes representan el fundamento filosófico y político del Estado pragmático estadounidense de la primera mitad del siglo XX. Vid. José Luis OROZCO, *Notas del País darwiniano*, UNAM, México, 1981, pp. 50-93.

<sup>58</sup> José Luis OROZCO, "Woodrow Wilson y la democracia universal de los grandes negocios", en *Revista Relaciones Internacionales*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, núm. 64, octubre-diciembre de 1994, pp. 35-55.

<sup>59</sup> Gary B. OSTROWER, "Una razón profunda para dar gracias". Véase [www.catbreadcrumlookup](http://www.catbreadcrumlookup), pp. 1-6.

Por ello, creía que la sucesora de la Sociedad de Naciones debía considerar estrictamente las decisiones de las Grandes Potencias, denominadas por Roosevelt como “los cuatro guardianes” (Estados Unidos, Unión Soviética, Gran Bretaña y China) con derecho de veto como garantía del nuevo esquema de “seguridad colectiva”<sup>60</sup>, reflejada ésta a su vez en las decisiones adoptadas por consenso o unanimidad dentro del futuro Consejo de Seguridad.

Fue así como surgió una nueva organización con dos órganos especialmente relevantes en esta materia: la Asamblea General, que serviría de foro mundial para las discusiones, y un Consejo de Seguridad donde se encontrarían los Cuatro Guardianes, el cual invocaría la facultad ejecutoria de la ONU<sup>61</sup>.

En abril de 1945, Estados Unidos presentó la redacción final de la Carta<sup>62</sup>. En ella, los fundadores de la ONU expresaron la consolidación del Estado como garante del monopolio del uso de la fuerza armada, al establecer en el artículo 2 de la Carta de San Francisco la prohibición absoluta a todos los Estados miembros de recurrir a la guerra como un instrumento del Derecho internacional para la resolución de controversias internacionales<sup>63</sup>; es decir, los conflictos internacionales debían ser resueltos por medios pacíficos, evitando así poner en peligro la paz y seguridad internacionales.

En la nueva Organización Internacional de 1945, la responsabilidad del Estado en la seguridad mundial empieza a ser desarrollada a partir del artículo 24.1 de la Carta, donde se señala que, con la finalidad de asegurar una acción rápida y con eficacia por parte de la máxima organización internacional, sus Estados miembros confieren al

---

<sup>60</sup> Vid. Soeren KERN, “¿Es posible reformar la ONU?”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y estratégicos, diciembre de 2004, en <http://kern.pundicity.com/5416/es-posible-reformar-la-onu>

<sup>61</sup> Vid. Antonio GÓMEZ ROBLEDÓ, *La seguridad colectiva en el contraste americano*, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Madrid, 1960, pp. 1-15.

<sup>62</sup> Vid. B. SIMMA, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002; B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 21-78; O. SCHACHTER y C. JOYNER (eds), *United Nations Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 23-87; Jean- Pierre COT, “United Nations Charter”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 31 de enero de 2012.

<sup>63</sup> Sobre la prohibición de la fuerza armada en las relaciones internacionales véanse J.H. WESTRA, *International Law and the Use of Force: the UN Charter and the Major Powers*, Routledge, Londres, 2007, pp. 15-50; G. BEST, *War and Law since 1945*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 35-116; C. ANTONOPOULOS, *The Unilateral Use of Force by States in International Law*, Sakkoulas, Atenas, 1997, pp. 34-89; Oliver DÖRR, “Use of Force, Prohibition of”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 31 de enero de 2012.

Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. Asimismo, reconocen que es el Consejo de Seguridad quién actúa y decide en nombre de todos los Estados al desempeñar dichas funciones. Esto se refuerza en el artículo 11.2, al señalar que la Asamblea General está capacitada para referir cualquier acción para su ejecución al Consejo de Seguridad.

Siguiendo este orden de ideas, otro importante artículo de la Carta de San Francisco sobre el papel del Estado y la seguridad es el 27.3, donde se establece el derecho de veto de los países más poderosos en el seno del Consejo de Seguridad, como producto de la posición de Roosevelt para garantizar la seguridad colectiva<sup>64</sup>.

Por otra parte, el optimismo que se dio en los últimos episodios de la Segunda Guerra Mundial, los cuales permitían pronosticar la continuación de la alianza cuatripartita (Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la Unión Soviética) una vez finalizado el enfrentamiento bélico, hacía pensar que el veto no se consideraría como un impedimento en el proceso de adopción de decisiones dentro de dicho órgano. Además, el veto representaba la imparcialidad de la ONU en las controversias entre las Grandes Potencias como resultado posiblemente del ingenuo idealismo que se vivía en esa coyuntura histórica<sup>65</sup>.

De esta forma, sobre el artículo 27.3 se contempla toda una estructura del sistema de seguridad colectiva que habría de funcionar una vez que las disposiciones recomendatorias contenidas en el Capítulo VI (arreglo pacífico de controversias) de la Carta de San Francisco fracasaran sin ninguna posible solución entre los Estados<sup>66</sup>.

Por ello, la consagración del Estado como monopolizador del uso de la fuerza armada se aprecia en claridad a partir de la aplicación del Capítulo VII, y concretamente a partir del artículo 39 de la Carta de San Francisco, en donde se señala que el Consejo de Seguridad tiene a su cargo determinar toda existencia de amenaza a la paz, quebrantamientos a la paz o actos de agresión y, al mismo tiempo, tiene la autoridad

---

<sup>64</sup> Sobre el derecho de veto, su historia y propuestas de reforma véase José Luis VALDÉS-UGALDE y Jessica CASCANTE, *El multilateralismo, la reforma de la ONU y los desafíos del siglo XXI*, CISAN-UNAM, México, 2007, pp. 20-44.

<sup>65</sup> Gary B. OSTROWER, *op. cit.*, disponible en [www.catbreadcrumlookup](http://www.catbreadcrumlookup), pp. 1-6.

<sup>66</sup> El Capítulo VI (arts. 33-38) también es conocido como “la diplomacia preventiva”, la cual es pieza clave del Programa de Paz (1992) presentado por el Secretario General y las declaraciones de la Asamblea General; consultar Antonio REMIRO BROTONS y otros autores, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 1085-1090.

para ordenar a los Estados miembros de la ONU a comprometerse en sanciones no militares y a poner fuerzas militares a disposición de la Organización<sup>67</sup>.

Siguiendo este orden de análisis, la responsabilidad del Consejo de Seguridad sobre la efectividad del sistema de seguridad colectiva de la ONU se desarrolla a partir del artículo 40, donde el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas provisionales con la finalidad de evitar el agravamiento de la situación. Además, el órgano ejecutivo de la Organización tiene la capacidad de adoptar medidas coercitivas no armadas en los términos del artículo 41 de la Carta, como la asunción de embargos, y también las medidas del artículo 42, como la autorización del empleo de la fuerza armada.

Según el artículo 43, los Estados miembros ponen a disposición del Consejo de Seguridad cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, indispensables para el firme propósito de mantener la paz y seguridad internacionales. En dichos convenios se fijarán el número y clase de fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, así como las facilidades y la ayuda que habrá de darse al Consejo de Seguridad.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 44, el Consejo de Seguridad tiene la capacidad para exigir a un miembro que no esté representado en él que apoye con fuerzas armadas en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el artículo 43, y puede invitar a dicho miembro -si éste así lo solicita- a participar en las decisiones del Consejo de Seguridad proporcionando la ayuda militar necesaria.

Hasta este momento, la formulación de las medidas de que dispone el Consejo de Seguridad para atender los peligros que acosan a la paz y seguridad internacionales reflejan que el sistema de seguridad colectiva señalado en estos primeros artículos del Capítulo VII propone una progresión dramática, gradual y con tiempo preciso para que cada una de las medidas surta efecto escalonadamente contra el Estado agresor<sup>68</sup>. Sin

---

<sup>67</sup> En el sistema de seguridad colectiva establecido en el Capítulo VII de la Carta es indispensable que el Consejo de Seguridad califique la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión (art.39) como condición para la puesta en práctica de dicho Capítulo, Vid. Antonio REMIRO BROTONS, y otros autores, *ibid.*, pp. 1090-1091.

<sup>68</sup> Según Stephen LAUNAY, la ONU introduce implícitamente el concepto de “criminalización del enemigo”, pues las Grandes Potencias se reservan el derecho de decidir quiénes son sus enemigos y por qué hay que atacarlos. Stephen LAUNAY, “Guerra y política mundial. Dimensiones de la hegemonía de

embargo, la gradación de medidas no es obligatoria, sino una propuesta razonable del sistema de seguridad colectiva de la Organización, cuya pertinencia es determinada por el Consejo de Seguridad a la luz de las circunstancias y desarrollo del conflicto.

De acuerdo con la Carta de San Francisco, no hay obstáculos que impidan que, ante situaciones de extrema gravedad, el Consejo de Seguridad apele directamente a las medidas militares, o que muestre su impaciencia ante la lentitud y tardanza de los efectos de un embargo de tipo económico y comercial contra el Estado agresor, acogiendo con prontitud al uso de la fuerza armada.

Continuando con el análisis del Capítulo VII y el sistema de seguridad colectiva, el artículo 45 menciona que, con el objeto de que la ONU pueda adoptar medidas militares urgentes, sus integrantes enviarán contingentes de fuerzas disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional, y que los planes para su acción combinada serán determinados por el órgano ejecutivo de la organización, con la ayuda del Comité de Estado Mayor y dentro de los límites establecidos en los convenios especiales del artículo 43.

En este sentido, el artículo 47 crea un Comité de Estado Mayor para asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas aquellas cuestiones relacionadas con las necesidades militares en orden a mantener la paz y la seguridad internacionales. De acuerdo con dicho artículo, el Comité de Estado Mayor está compuesto por los jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y tendrá a su cargo, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición de la ONU<sup>69</sup>.

Asimismo, el Comité de Estado Mayor analizará el empleo de fuerzas armadas, la cantidad de armamentos y el posible desarme durante el conflicto. Otra disposición importante que gradualmente refuerza la seguridad colectiva es el artículo 48, que señala que todas las acciones llevadas a cabo por el Consejo de Seguridad son en nombre de los miembros de la Organización, o por algunos de ellos con la aprobación del Consejo de Seguridad. En este mismo campo de análisis, el artículo 49 menciona la

---

los Estados Unidos”, *Análisis Político*, vol. 26, no. 61, Bogotá, diciembre de 2007, en [www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?pid=S0121-47052007000300006&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?pid=S0121-47052007000300006&script=sci_arttext&tlng=es)

<sup>69</sup> Vid. Antonio SEGURA SERRANO, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*, Plaza y Valdés, Madrid, 2007, pp. 100-101.

obligación de los Estados miembros de ayudar para llevar a la práctica las medidas aprobadas por el Consejo de Seguridad.

En tanto, el artículo 51 es muy importante en relación con el Estado y el monopolio del uso de la fuerza armada, al señalar que los Estados pueden recurrir a la fuerza armada en caso de legítima defensa individual o colectiva; sin embargo, cualquier medida de este tipo debe ser reportada inmediatamente al Consejo de Seguridad<sup>70</sup>.

Por tanto, en general el Consejo de Seguridad se configura como el órgano encargado de la seguridad colectiva, tiene toda la autoridad para decidir las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz internacional y la seguridad, y su situación es considerada como monopolización del uso de la fuerza armada dentro de la ONU<sup>71</sup>.

Por otro lado, la seguridad colectiva de la segunda mitad del siglo XX, si bien era cierto que señalaba la obligación de los Estados miembros de participar colectivamente en la seguridad, no se establecía en ella específica y jurídicamente los requerimientos técnicos, militares y logísticos que permitieran a los Estados asumir sus obligaciones internacionales, y así participar en el campo de acciones y sanciones militares conjuntas contra el Estado agresor que dieran paso a un efectivo sistema de seguridad colectiva de la ONU<sup>72</sup>.

Además, un cuestionamiento de suma importancia que se sostenía por la mayor parte de los Estados miembros fue el hecho de establecer en la Carta el consenso unánime de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Reino Unido, Unión Soviética, Francia y China) para llegar a una decisión sobre seguridad colectiva.

---

<sup>70</sup> C. GUTIERREZ ESPADA, “La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1989*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990, p. 183 y ss.

<sup>71</sup> Para un análisis actual sobre el Consejo de Seguridad de la ONU, véase Castor Miguel DÍAZ BARRADO, *El derecho Internacional del Tiempo Presente*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004, pp. 168-200; Martín C. ORTEGA CARCELÉN, *Hacia un nuevo gobierno mundial: las nuevas funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, editorial Hespérides, Salamanca, 1995, pp. 20-250; y José ALCINA FRANCH e Isidoro MORENO, *Justicia y libertad: la larga marcha hacia un futuro incierto*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 144,

<sup>72</sup> Vid. Gabriel NEGRETTO, “Kant y la ilusión de la seguridad colectiva”, disponible en [www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-7/negre2.htm](http://www.ser2000.org.ar/articulos-revista-ser/revista-7/negre2.htm)

Si esta situación no era posible, se paralizaba inmediatamente el órgano ejecutivo más importante de la Organización<sup>73</sup>.

Hay que recordar, en este sentido, que la centralización de las decisiones, según los wilsonianos de segunda generación y la visión del Presidente Roosevelt, se hizo para asegurar el seguimiento del globalismo estadounidense<sup>74</sup> y los intereses de las otras Grandes Potencias, lo que traería consigo la efectividad de las sanciones y una pronta respuesta por parte de la Organización, considerando la lentitud de la estructura jurídica de la Sociedad de Naciones.

En este sentido, si alguna de dichas potencias cometía un acto de agresión, el sistema de seguridad colectiva corría el riesgo de ser marginado técnica y jurídicamente dentro del Derecho internacional contemporáneo y dentro de la propia ONU.

Por otro lado, se puede interpretar que el hecho de la exigencia de convenios especiales entre el Consejo de Seguridad y los Estados miembros de la ONU, de conformidad con el artículo 43, no representaba una garantía para la implementación de la seguridad colectiva internacional, al precisar estrictamente que es en estos convenios especiales donde se iba a determinar todo lo concerniente al número, clase, grado de preparación y ubicación geográfica de las fuerzas armadas necesarias para sus operaciones militares, relegando a la propia ONU de adoptar otras medidas urgentes sobre seguridad colectiva.

No obstante, los redactores de la Carta de la ONU trataron de impulsar el desarrollo del concepto de seguridad colectiva, siguiendo la necesidad de implementar el proyecto wilsoniano de 1918, al establecer en el artículo 47 un Comité de Estado Mayor encargado de la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas a disposición del órgano ejecutivo de la organización.

En este sentido, hay que recordar que el proyecto wilsoniano hacía referencia a la transcendencia de definir los mecanismos por los cuales una coalición multilateral pudiera ser movilizada en caso de agresión, y crear un cuerpo ejecutivo internacional para organizar y dirigir la futura fuerza multinacional con capacidad de demandar el

---

<sup>73</sup> Vid. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1966, pp. 5-35.

<sup>74</sup> Neil SMITH, "Geografías perdidas y globalizaciones fracasadas. De Versalles a Irak", Nueva York, en <http://www.raco.cat/index.php/DocumentsAnalisi/article/viewFile/31829/180042>

apoyo militar de los Estados miembros de la Organización<sup>75</sup>. Por ello, la creación del Comité de Estado Mayor señalado en el artículo 47 de la Carta cumple con algunas de las características señaladas en el proyecto de Wilson en cuanto que organiza y dirige a la fuerza multinacional; sin embargo, deja de ser un cuerpo ejecutivo colectivo de seguridad internacional cuando el Comité de Estado Mayor está integrado única y exclusivamente por los jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y por tanto queda bajo el estricto control de dichas potencias, particularmente de la Gran Potencia americana. Por ello, ésta es una de las razones por la que se consideraba que el establecimiento de dicho sistema de seguridad colectiva no podía considerarse como genuinamente representativo de toda la ONU.

Asimismo, la mayoría de la comunidad internacional estaba representada en ese tiempo por un sistema euro-americano en su conjunto, pero debería inclinarse por una mayor representatividad en el equilibrio del poder mundial, considerando la importancia de otros Estados en dichas operaciones, si realmente se anhelaba establecer un sistema de seguridad colectiva. En este sentido, es necesario recordar que en 1945 todavía gran número de Estados de África, Asia y Oceanía se encontraban colonizados y poco después empezaría el proceso de la descolonización, y con ello, el auténtico desarrollo del Derecho internacional público contemporáneo<sup>76</sup>.

Así, para parte de la comunidad internacional la monopolización del uso de la fuerza armada por los Estados más poderosos del planeta representados en el Consejo de Seguridad constituía un elemento de desequilibrio en el sistema de seguridad colectiva internacional debido a que, en caso de agresión llevada a cabo por cualquiera de ellos, la ONU no puede tomar decisiones precisas sobre seguridad colectiva. Sin embargo, sería el enfrentamiento político, ideológico, militar y económico entre Estados Unidos y la Unión Soviética conocido como “Guerra Fría”, el mayor factor en la impotencia de la ONU como garante de la seguridad colectiva internacional en la segunda mitad del siglo XX<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Vid. E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart, Oxford, 2004, pp. 7-18.

<sup>76</sup> Vid. Juan Carlos PEREIRA, “El proceso de descolonización” en Jordi CASASSAS (coord.), *La construcción del presente: el mundo desde 1848 hasta nuestros días*, Ariel, Barcelona, 2005, pp. 461-487.

<sup>77</sup> Vid. José Luis UGALDE y Jéssica CASCANTE, *El multilateralismo, la reforma de la ONU y los desafíos del siglo XXI*, UNAM, México, 2007, pp. 9-33.



Por otra parte, durante la primera mitad del siglo XX, el ejército, como aparato estatal, consolidó su propio discurso ideológico y formó un determinado tipo de conciencia social, que fue asumido en el interior de las instituciones y de las sociedades nacionales. De esta manera, el ejército se promociona como un órgano fortaleza de la defensa territorial y de la soberanía nacional, así como depositario de los valores nacionales patrios y legítimo monopolizador del uso de la fuerza.

#### **I.D. El Estado superpotencia y la seguridad internacional: su participación en las primeras operaciones de mantenimiento de la paz (OMPs) de la ONU**

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial en 1945, el establecimiento de un Estado superpotencia<sup>78</sup>, capaz de concentrar el liderazgo mundial en todos los niveles político, militar, ideológico, económico, comercial y financiero, ocupó el tema central en el análisis de las relaciones internacionales contemporáneas<sup>79</sup>.

La aparición del Estado superpotencia se vio representada por Estados Unidos y la Unión Soviética, cuya rivalidad rápidamente se caracterizó adquiriendo las siguientes generalidades:

- 1) Era un enfrentamiento indirecto en donde cada superpotencia creaba una zona de influencia dentro de la cual no se permitía ninguna desviación ideológica, política o militar; el sistema bipolar no admitía la neutralidad, salvo que ésta fuera garantizada de común acuerdo; y era un estado de tensión no sólo militar sino también ideológico, propagandístico, de presiones diplomáticas y políticas, de espionaje, chantaje e intimidaciones económicas para hacer aliados<sup>80</sup>.
- 2) Fue este clima de bipolaridad lo que impidió al Consejo de Seguridad practicar un sistema de seguridad colectiva tal como establecía la Carta de San Francisco, el cual se fundamentaba en la visión pragmática del Presidente estadounidense Roosevelt de que, a través de la centralización y monopolización del uso de la

---

<sup>78</sup> El concepto de “Estado-superpotencia” es analizado en José Carlos DÍAZ, *EE.UU. ¿Una nación bajo Dios?*, LibrosEnRed, 2006, pp. 266-267.

<sup>79</sup> Gramsci ha analizado en tiempos más recientes la hegemonía en dos vertientes: la hegemonía de Estados Unidos en el mundo y la hegemonía en el seno de la sociedad estadounidense. Vid. Laura BACA OLAMENDI, *Léxico de la política*, FLACSO, México, 2000, pp. 831.

<sup>80</sup> Sobre los orígenes de la Guerra Fría y su conceptualización consultar J. SILVA MICHELENA, *Política y Bloques de Poder*, siglo XXI, México, 1987, pp. 4-80; y Jackson J. SPIELVOGEL, *Civilizaciones de Occidente, Volumen B*, editorial Cengage Learning, México, 2004, pp. 797- 800.

fuerza por parte de las Grandes Potencias<sup>81</sup>, se institucionalizaba el principio universal de los Grandes Negocios de Estados Unidos.

De esta manera, la figura del Estado como garante de la seguridad mundial conferida en la ONU se aferró a desempeñar su función en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>82</sup>. Sin embargo, ante la paralización del Consejo de Seguridad, la ONU limitó la concepción de seguridad colectiva a la creación de un sistema operativo alternativo más modesto cuya denominación técnica fue llamada operaciones de mantenimiento de la paz (en adelante OMPs)<sup>83</sup>. A partir de entonces estas operaciones se han convertido en un paradigma representativo del monopolio del uso de la fuerza por los Estados.

Las OMPs de hecho no se encuentran señaladas en la Carta de San Francisco, son de naturaleza distinta a las acciones concretas del Capítulo VII de la Carta y se fundamentan en el Capítulo VI y medio de la Carta, encontrándose entre los medios de arreglo de controversias (Capítulo VI) y las medidas coercitivas (Capítulo VII)<sup>84</sup>.

Era tal la complejidad que envolvía a las OMPs que amplios sectores de la comunidad internacional las consideraron actividades operacionales esencialmente no coercitivas creadas por algún órgano importante de la ONU, en particular, por el Consejo de Seguridad, bajo los siguientes principios: el consentimiento (por parte del Estado receptor donde se va a desarrollar la operación), la imparcialidad, el no recurso a la fuerza y el carácter integrado de la operación<sup>85</sup>. De esta manera, desde el fin de la

---

<sup>81</sup> El Estado y la monopolización del uso de la fuerza es ante todo una relación jurídica. Vid. Javier GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho*, Universitat de Valencia, Valencia, 2003, pp. 206-208.

<sup>82</sup> Vid. Antonio SEGURA SERRANO, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, op. cit., p. 256.

<sup>83</sup> Vid. Operaciones para el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en [www.un.org/Depts/dpko](http://www.un.org/Depts/dpko); R. HIGGINS, *United Nations Peacekeeping 1946–1967*, Oxford University Press, Oxford, 1969–81, vols I–IV; W.J. DURCH (ed.), *The Evolution of UN Peacekeeping: Case Studies and Comparative Analysis*, St. Martin's Press, Nueva York, 1993, pp. 21-90; M. BOTHE (ed), *UN Peacekeeping: A Documentary Introduction*, Kluwer, La Haya, 1999, pp. 13-95; M. BOTHE, "Peacekeeping Forces", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 1 de febrero de 2012.

<sup>84</sup> Vid. Antonio Francisco FERNÁNDEZ TOMÁS, "El desvanecimiento del sistema de paz y seguridad colectiva de las Naciones Unidas", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, número 17, 1989, pp. 5-30.

<sup>85</sup> Cuando comenzaron los labores de las OMPs, la ONU carecía de una conceptualización para referirse a ellas. Más tarde la propia dinámica de las OMPs condujo a un concepto más aproximado a su naturaleza jurídica. Vid. A. JAMES, *Peacekeeping in International Politics*, Macmillan, Basingstoke, 1990, pp.8-10.

Segunda Guerra Mundial las OMPs reflejaron la etapa del Estado superpotencia por excelencia en el uso de la fuerza armada<sup>86</sup>.

Fue una época en que Estados Unidos basaba su actuación en el Consejo de Seguridad principalmente en el fundamento jurídico de justificar sus acciones en pos de la defensa del mundo amante de la democracia y la libertad contra un comunismo internacional represivo y expansionista, pues la Unión Soviética representaba una amenaza estratégica para el gobierno estadounidense y sus aliados occidentales, realidad manifestada por la presencia de soldados soviéticos en Europa Oriental y Central.

Es así como se percibía para Estados Unidos una legitimidad estructural que le confería la Guerra Fría para impulsar las OMPs ante el abandono técnico y práctico de un esquema de seguridad colectiva basado en el principio fundamental del consenso entre las Grandes Potencias y en el voto unánime para adoptar decisiones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, de conformidad con la Carta de San Francisco.

La primera generación de OMPs, desarrollada durante la Guerra Fría, estaba caracterizada por enfrentarse a conflictos principalmente interestatales entre ejércitos bien delimitados, y consistía en misiones esencialmente militares tanto en su estructura como en sus funciones, que se centraban en vigilar el cumplimiento de ceses del fuego, interponiéndose entre las partes involucradas.

Mientras tanto, en la década de los años ochenta comienza a surgir un nuevo tipo de OMPs, consideradas de segunda generación, para encarar principalmente guerras internas entre distintas facciones que luchan por el control del poder estatal sin estar organizadas como ejércitos nacionales, los cuales son sustituidos por movimientos guerrilleros que no cumplen con las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>86</sup> Sobre esta etapa del Estado como sujeto histórico, Samuel Schmidt ha señalado lo siguiente: “El Estado penetra en cualquier resquicio de la Sociedad Civil, ya que es en ésta donde se definen las clases sociales y también donde se generan las contradicciones que ponen en peligro la estabilidad y existencia del sistema. El Estado contemporáneo interviene con todos los medios que tiene a su alcance tratando de resolver las contradicciones generadas en la Sociedad Civil para favorecer al proyecto de la clase dominante y su fracción hegemónica. Es aquí donde el Estado responde y crea una lógica global de reproducción del sistema, promoviendo los intereses de la clase dominante, el proyecto de la fracción hegemónica, su propio proyecto, y haciendo todo lo posible por cancelar la viabilidad de los proyectos alternativos porque ponen en peligro al sistema”. Samuel SCHMIDT, *La Autonomía relativa del Estado*, op. cit, p. 72; consultar también Nicos POULANTZAS, *Hegemonía y dominación en el Estado Moderno*, Cuadernos de Pasado y Presente, México, 1977, pp. 3-82.

Con el fin de la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad quedó desbloqueado y las OMPs entraron en una evolución más dinámica que se reflejaría en diversos ámbitos, entre los cuales se pueden mencionar su universalización al extenderse a otras regiones del mundo en conflicto y su utilización para asuntos internos, como en los casos de Namibia, Angola, El Salvador, Camboya, Mozambique o Nicaragua<sup>87</sup>.

A partir de entonces y ante el nuevo orden internacional surgido después de la Guerra Fría, las operaciones de mantenimiento de la paz entraron en una etapa de reforma de acuerdo con el informe “Un Programa de Paz” de 1992, presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas, B. Boutros-Ghali<sup>88</sup>. En dicho informe se hacen propuestas innovadoras que indicaban una separación de los fundamentos anteriores. Estas consistían en la posibilidad de crear operaciones sin el consentimiento de las partes enfrentadas; la facultad de recurrir a la fuerza más allá de la legítima defensa; y la opción de establecer unidades de imposición de la paz situadas entre las OMPs y las medidas coercitivas de los artículos 42 y 43 de la Carta de San Francisco<sup>89</sup>.

Sin embargo, al celebrarse el cincuenta aniversario de la Carta Constitutiva de Naciones Unidas (1995), las posibles reformas para establecer un sistema de seguridad colectiva de la ONU adaptado al nuevo orden internacional continuaban paralizadas.

### **I.E. El Estado hegemónico y la seguridad regional: la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el Pacto de Varsovia y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) durante la Guerra Fría**

La aparición del Estado superpotencia trajo consigo otra categoría llamada el Estado hegemónico para referirse al mismo, cuya finalidad contemplaba el establecimiento de alianzas militares-geoestratégicas regionales dirigidas a proteger sus respectivas esferas

---

<sup>87</sup> Las OMPs incrementaron notablemente su personal activo en el mundo desde que comenzaron a tener presencia en el escenario político internacional. Véase L.I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ, “Las operaciones de mantenimiento de la paz: aspectos actuales”, en Fernando MARÍÑO MENÉNDEZ, *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 200.

<sup>88</sup> Vid. B. BOUTROS-GHALI, *Un Programa de Paz*, documento A/4/277, de 17 de junio de 1992.

<sup>89</sup> Para conocer en detalle los informes enfocados a la necesidad de reformar las operaciones para el mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, luego del fin de la Guerra Fría y sus implicaciones en varios conflictos regionales, consultar Elvira DOMÍNGUEZ, “Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las nuevas dimensiones de las actividades del Consejo de Seguridad en el Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº2, junio 2001, p. 8.

de influencia, reflejando así su dominio sobre el uso de la fuerza armada. La figura del Estado hegemónico en el escenario global representado por Estados Unidos y la Unión Soviética introdujo políticas militares por ambos bandos para obtener ventajas en el nuevo orden internacional.

La fuerza prácticamente equilibrada entre Estados Unidos y la Unión Soviética se reflejaba en esquemas alternos de seguridad colectiva de carácter regional, imponiendo sus propias concepciones de seguridad nacional e internacional, así como de estrategia militar. De hecho, la formación de bloques militares en la Guerra Fría orilló automáticamente el sistema de seguridad colectiva internacional señalado en la Carta de 1945, que en realidad sólo había servido para institucionalizar los intereses hegemónicos de las superpotencias en la nueva organización internacional.

Aún más, el proyecto global capitalista de Estados Unidos hacía imposible la aplicación de un sistema de seguridad colectiva global. Prácticamente, la bipolaridad –también llamada época de la Guerra Fría- inauguró una nueva situación de seguridad en términos estratégicos y militares.

Es importante señalar a este respecto que la Segunda Guerra Mundial introdujo cambios muy notables en lo que se refiere al concepto de tecnología militar y el diseño de esquemas de seguridad y defensa, particularmente en los ejércitos de los Estados más poderosos, como por ejemplo, el desarrollo de los vehículos blindados y por consiguiente, de las armas antitanques.

Todo ello modificó la estrategia de ataque y defensa al hacer desaparecer la caballería, la utilización de la artillería reactiva, el empleo masivo de la aviación con fines militares, la importancia del submarino como instrumento de guerra, y la transformación más crucial: la utilización de la energía atómica como arma de guerra por parte de las Grandes Potencias, en particular por Estados Unidos.

Las bombas atómicas que cayeron en agosto de 1945 sobre Hiroshima y Nagasaki transformaron en profundidad los conceptos militares y de defensa. En este sentido, puesto que su poder de destrucción es superior a cualquier otra arma, disminuyó la importancia relativa del ejército terrestre y aumentó, al mismo tiempo, las de la aviación y del submarino porque podían transportar y lanzar armas nucleares. Por tanto, a partir

de ese momento, fue esencial contar con facilidades aéreas y luego navales próximas al enemigo. Así, el sistema de seguridad colectiva y regional consistió en rodear al enemigo con un cinturón de bases desde las cuales pudieran despegar los aviones con los misiles nucleares a cargo de un Comando Aéreo Estratégico, un concepto novedoso en términos militares. Por otro lado, la posesión de armamento atómico inauguró el llamado “equilibrio del terror”, ya que, a diferencia de otras guerras, en un enfrentamiento atómico no hay lugar seguro sobre la Tierra<sup>90</sup>.

Además, otro aspecto importante fue que la Segunda Guerra Mundial produjo la militarización de las sociedades, pues a partir de la posibilidad de la guerra atómica, en Estados Unidos las consideraciones sobre seguridad y defensa militar se impusieron a las consideraciones políticas y sociales; lo mismo ocurrió en la Unión Soviética, que comenzaba a diseñar importantes proyectos sobre seguridad y modernización de sus fuerzas armadas. Poco tiempo después, dicho Estado anunciaba a la comunidad internacional que había logrado desarrollar la bomba atómica.

Así, antes de firmarse en 1949 el Tratado del Atlántico Norte, constitutivo de la Organización homónima (en adelante OTAN<sup>91</sup>), ocurrieron en Europa Occidental ciertos sucesos que contribuyeron a incrementar el ambiente de inseguridad, y que afectaban tanto a Estados Unidos como a la Unión Soviética, reflejando las ideas de romper la alianza militar entre ellos una vez terminada la Segunda Guerra Mundial y de oponerse en la práctica y en lo sucesivo al sistema de seguridad colectiva internacional plasmado en la Carta de San Francisco de 1945.

Uno de los hechos más preocupantes para los soviéticos fue la conducta de los ejércitos de Estados Unidos, Reino Unido y Francia en Alemania. De conformidad con lo establecido en la conferencia de Postdam entre los tres grandes (Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética). Alemania no sería dividida sino que tendría cuatro zonas de ocupación, cada una de ellas a cargo de una de las grandes potencias. Berlín, la

---

<sup>90</sup> Vid. Nelson MINELLO, *Sistemas Militares Internacionales. Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas*, UNAM-Coordinación de Humanidades, México, número 40, 1986, pp. 13-18.

<sup>91</sup> Vid. H.L. ISMAY, *NATO: The First Five Years 1949-1954*, NATO, Bruselas, 1955, pp. 5-56; J. SMITH (ed), *The Origins of NATO*, University of Exeter Press, Exeter, 1990, pp. 15-101; S.V. PAPOCOSMA (ed), *NATO after Fifty Years*, Scholarly Resources, Wilmington, 2001, pp. 18-95; Thilo MARAUHN, “North Atlantic Treaty Organization”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 2 de febrero de 2012.

capital alemana, situada en plena zona de la Unión Soviética, también estaría seccionada en cuatro zonas de ocupación, y sería el centro de la Comisión Aliada de Control.

Así, la Declaración de Berlín, emitida en junio de 1945 señalaba que Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética asumían la soberanía interna e internacional de Alemania, a la cual se le reducían sus fronteras tal como se encontraban a 31 de diciembre de 1937, sin las anexiones de territorio polaco, checoslovaco, u otras que Alemania hubiera realizado.

De acuerdo con dicha declaración, el poder se concentró en el Consejo Aliado de Control y sus funciones principales fueron la desmilitarización, la ruptura de monopolios y la democratización. Sin embargo, en 1948 las zonas de Estados Unidos y Reino Unido se fusionaron en una zona y en 1949 se incorporó la francesa, constituyéndose un espacio económico y político homogéneo llamado República Federal de Alemania. El gobierno soviético decide entonces crear en su zona de ocupación militar en territorio alemán la autodenominada República Democrática Alemana.

Ante el expansionismo soviético en Europa, Bélgica, Francia, Reino Unido, Holanda y Luxemburgo firman en Bruselas en 1948 un tratado de defensa colectiva ante un ataque armado contra cualquiera de los países miembros. Mediante este tratado se creaba la Unión Europea Occidental (UEO) para la defensa mutua y la cooperación económica y social. Dicho tratado tenía como antecedente el Tratado de Dunquerque, que en 1947 había sido firmado entre Francia y Gran Bretaña, por el cual dichos países se comprometían a ayudarse mutuamente ante una posible agresión de Alemania en el futuro. Entre los objetivos principales del Tratado de Bruselas, según lo establecido en el preámbulo del mismo, estaban la coordinación y la cooperación para crear las bases de una reconstrucción europea, estrechar los lazos económicos, sociales y culturales entre los países miembros, y el compromiso de la asistencia mutua para mantener la paz internacional y la seguridad colectiva.

El Tratado de Bruselas señalaba que, de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de la ONU, los Estados miembros debían informar inmediatamente al Consejo de Seguridad de las medidas, militares o no, que tomaran como partes del Tratado, al tiempo que acatarían las resoluciones del Consejo de Seguridad para el sistema de seguridad

colectiva de la ONU. Dicho tratado demostraba que era indispensable regular las relaciones entre la máxima organizacional universal y los futuros tratados de seguridad colectiva de carácter regional, y alternativos a la ONU<sup>92</sup>.

Ahora bien, en 1948 las fuerzas militares europeas occidentales no parecían ser lo suficientemente poderosas por sí solas para defender sus territorios, y había que recurrir a Estados Unidos, quien se encontraba sumamente interesado en participar en la alianza militar. Fue así como los representantes de Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Holanda, Luxemburgo y Noruega se reunieron para negociar el Tratado del Atlántico Norte, firmado en Washington en 1949.

Otros países firmantes, aunque no tomaron parte en las discusiones sobre el texto definitivo del Tratado, fueron Dinamarca, Islandia y Portugal. Este último país revestía una importancia estratégica, debido a las islas Azores, importante base naval y aérea en medio del Océano Atlántico. Años después, el Protocolo de 1951 anexo al Tratado permitió que se integraran al mismo Grecia y Turquía, estratégicamente situadas cerca de la Unión Soviética, y la República Federal Alemana con el Protocolo de 1954. España no fue entonces invitada<sup>93</sup>.

El Tratado del Atlántico Norte es en esencia el marco de una alianza militar pensada para evitar cualquier agresión, o rechazarla si se produjese. Proporciona también una cooperación continua, y es órgano de consulta en el nivel político, económico y otros campos no militares. En su texto aclara que la OTAN representa una alianza defensiva, que mantiene una constante preparación militar con el fin de evitar la guerra<sup>94</sup>.

El artículo 1 del Tratado de Washington recogía los párrafos 3 y 4 del artículo 2 de la Carta de la ONU, al señalar la solución pacífica de los conflictos internacionales. Sin embargo, no mencionaba ningún mecanismo específico para el mantenimiento de la paz

---

<sup>92</sup> Vid. Nelson MINELLO, *op. cit.*, pp. 9-15.

<sup>93</sup> Durante el proceso de expansión de la OTAN hacia el Atlántico, España se incorporaría en 1982.

<sup>94</sup> En el ámbito académico especializado se critica que la OTAN no siga los parámetros que debe cumplir un sistema de seguridad colectiva, pues éste se desarrolla cuando la protección de los derechos de todos los Estados en su reacción contra las violaciones de la ley asumen el carácter de una acción colectiva aplicando el régimen de sanciones o una acción armada conjunta. Vid. Mariano AGUIRRE y Alberto PIRIS, “Guerra por Kosovo” en Mariano AGUIRRE y Teresa FILESI (eds.), *Guerras en el sistema mundial: Kosovo, Oriente Medio, América Latina, China y Rusia, India y Pakistán, armas ligeras, defensa española, ayuda humanitaria. Anuario CIP 1999*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, pp. 19-38.



y la seguridad internacionales<sup>95</sup>. La consulta entre las partes se planteaba cuando la integridad territorial, la independencia política o la seguridad de alguno de los Estados firmantes estuviera amenazada, de conformidad con el artículo 4.

El artículo 5 del Tratado contenía el principio medular de la Organización, al establecer jurídicamente la fórmula de la legítima defensa colectiva. El mismo artículo contemplaba que se podrían tomar medidas coercitivas individuales o colectivas de ayuda, incluido el uso de la fuerza. En este sentido, de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, estas acciones debían ser inmediatamente comunicadas al Consejo de Seguridad de la ONU, y debían terminar cuando el Consejo de Seguridad adoptara las disposiciones necesarias para restablecer la paz y la seguridad internacionales<sup>96</sup>.

Sin embargo, el Tratado por sí solo no señalaba que sucedería si las medidas del Consejo de Seguridad fueran insuficientes y poco efectivas siguiendo los Capítulos VII (medidas coercitivas) y VIII (relaciones ONU-Organizaciones regionales) de la Carta. Esto significaba que, llegado el momento, sería la propia OTAN la que calificaría la suficiencia o insuficiencia de las medidas del Consejo de Seguridad de la ONU, provocando con ello una inconsistencia en las relaciones entre el sistema de seguridad colectiva de San Francisco y las organizaciones regionales.

Concretamente, en la aplicación e interpretación del artículo 51, el derecho a recurrir a la legítima defensa jurídicamente también se encuentra sujeto a condiciones de necesidad y proporcionalidad de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario; situación que, como hemos señalado, en un momento determinado quedaría a criterio de la Alianza Atlántica.

Por otra parte, la OTAN durante la época de la Guerra Fría (1949-1989) construyó una estructura compleja que la misma organización dividía en una línea civil y un área

---

<sup>95</sup> Vid. *Manual de la OTAN*. Servicio de Información de la OTAN, 1949, p. 19; y Mary BALL, *La OTAN y la cooperación atlántica*, Hispano Europea, Barcelona, 1962, p. 26.

<sup>96</sup> De hecho, la ONU fue restrictiva en el reconocimiento de acuerdos y organismos regionales a los efectos del Capítulo VIII de la Carta de 1945, Ante la pretensión de éstos de aislar a la ONU de los problemas políticos y de seguridad regionales, afirmando su prioridad y hasta un monopolio a través de su propia interpretación de los artículos 52.2 y 3 de la Carta, según el cual las partes en dichos acuerdos harán todos los esfuerzos posibles para alcanzar el arreglo pacífico de controversias de carácter local en el contexto regional antes de someterlas al Consejo de Seguridad. Vid. Antonio REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional*, *op. cit.*, pp. 1122-1125.

militar. La división civil se concretaba en que en ella trabajaba fundamentalmente personal civil, pero los asuntos allí llevados por lo general estaban estrechamente vinculados con fines militares.

La OTAN estaba dirigida por el Consejo del Atlántico Norte, el cual tenía un Presidente Honorario que era el Ministro de Asuntos Exteriores de cada país miembro, un Presidente que era a su vez el Secretario General de la Organización, y un Vicepresidente que el Secretario General Delegado, y estaba compuesto por Representantes Permanentes de cada país miembro. El Consejo sesionaba dos veces al año integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores, de Economía o Defensa de los países miembros.

Otro organismo de importancia en su estructura era el Comité Militar. Su organización tenía como referencia a la primera reunión del Consejo del Atlántico Norte, cuando se decidió el establecimiento de un Comité de Defensa y, más tarde, de un Grupo Permanente de Defensa, integrado por Estados Unidos, Francia y Reino Unido, así como cinco Grupos de Planificación Regional para preparar los planes de defensa de cada región.

El Comité Militar se componía de los Jefes de Estado Mayor de los países miembros, excepto Francia, que en 1966 retiró sus tropas de la estructura militar colectiva, e Islandia, al no poseer fuerzas armadas. La presidencia de este Comité estaba desempeñada rotativamente por un período de dos o tres años por cada uno de los militares representantes de los países participantes.

Por otra parte, el Comité Militar contaba con la asistencia del Estado Mayor Internacional, que sustituyó al Grupo Permanente de Defensa, disuelto al separarse Francia, y sostenía comunicación con el Consejo del Atlántico Norte a través de una Comisión Militar Representativa que asistía regularmente a las reuniones del Consejo.

La fuerza militar colectiva de la OTAN contaba con la creación del Cuartel General Supremo de las Potencias aliadas en Europa. Su jurisdicción se extendía a todo el continente europeo occidental. Entre 1952 y 1970 se crearon otros dos comandos, el del Atlántico y el del Canal de la Mancha. El primero de ellos tuvo su sede en Norfolk, Virginia, Estados Unidos, y su extensión abarcó el Océano Atlántico desde el Polo

Norte hasta el trópico de Cáncer y desde las costas americanas hasta las de Europa, excluidas las Islas Británicas y el Canal de la Mancha; el otro cuartel tuvo su sede en Reino Unido y su área abarcó el Canal de la Mancha y la parte meridional del Mar del Norte. Se creó también un Grupo de Planificación Regional Canadá-Estados Unidos, con sedes tanto en Ottawa como en Washington<sup>97</sup>.

La línea civil del Consejo estaba encabezada por el Secretario General, auxiliado por un Secretario General Delegado y cinco Secretarios Generales Adjuntos; cada uno de ellos dirigía los asuntos políticos, planificación y política de la defensa, infraestructura logística y operaciones del Consejo, y asuntos científicos. También durante la mayor parte de la época de la Guerra Fría se estableció una red de comisiones, tanto permanentes como de carácter temporal.

Por otro lado, la OTAN estaba compuesta por representantes de los Estados miembros. A partir de 1955 se realizaba cada año una reunión parlamentaria para el análisis de la opinión pública. Dicha asamblea parlamentaria no integraba la estructura regular de la organización, y, sin embargo, discutía sus planes generales y funcionaba tanto en reuniones plenarias como en comisiones.

En el texto original del Tratado de la Alianza Atlántica se mencionaba que era de duración indefinida; no obstante, se establecía que luego de los diez primeros años, las partes podrían consultarse para establecer reformas al Tratado, en particular, en los asuntos relacionados con la seguridad colectiva en la región.

A partir de 1969, a veinte años de distancia de su creación, cualquiera de las partes podía poner fin a su relación con el Tratado, un año después de anunciar su intención de retirarse. En este sentido, ninguno de los Estados firmantes en todo el período de la guerra fría demandó retirarse, y sólo Francia retiró sus efectivos militares de la dirección conjunta de la Organización<sup>98</sup>. En este sentido, es necesario señalar que debido a la nueva estrategia de defensa francesa, para lograr libertad de acción en el uso de su capacidad nuclear, así como por su creciente rivalidad con el poderío militar

---

<sup>97</sup> Nelson MINELLO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>98</sup> Al retirarse Francia bajo el gobierno de De Gaulle, se disuelve el Grupo Permanente de Defensa, el cual fue sustituido por el Estado Mayor Internacional con sede en Mons (Bélgica). Anteriormente la sede inicial había sido Fontainebleau, en las cercanías de París.

estadounidense en Europa, el gobierno francés tomó la decisión de salir de la estructura militar, lo que comprometió en un momento dado la unidad de la OTAN.

Así, en marzo de 1966, siguiendo el procedimiento regulado en materia de membresía de la OTAN, el Presidente de Francia, Charles de Gaulle, comunicó al Presidente de los Estados Unidos, Lyndon Johnson, que Francia recuperaba la plena soberanía en su territorio, la que hasta entonces consideraba reducida tanto por la presencia de tropas extranjeras aliadas como por el uso de su espacio aéreo, y por ser sede de las diferentes organizaciones y comandos de la OTAN; además, indicó que se retiraba de los comandos integrados, que cesaba el uso de las fuerzas francesas por la OTAN y, por último, que terminaban todas las actividades militares de Estados Unidos en Francia<sup>99</sup>. Esto dio lugar al retiro del territorio francés no sólo de las tropas e instalaciones aliadas, sino también de los comandos y otros organismos de la OTAN allí establecidos y su posterior traslado a otros Estados miembros.

Por otra parte, la creación del Tratado de Amistad, Cooperación y Asistencia Mutua conocido como Pacto de Varsovia<sup>100</sup> fue la reacción de los Estados de Europa Oriental y de la Unión Soviética ante el desarrollo de los sucesos que, desde su perspectiva, eran vistos como el preámbulo de una agresión por parte de los países occidentales. Estos hechos fueron en, primera instancia, el rechazo de Reino Unido y Francia a la propuesta soviética de un tratado de seguridad colectiva exclusivo para Europa, argumentando que ello implicaba el abandono de la OTAN. Además, dichos países rechazaban una posible incorporación de la Unión Soviética a la Alianza Atlántica.

Otro acontecimiento importante fueron las resoluciones de París de 1954, que mostraban, entre otras cuestiones, la decisión de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña de finalizar el régimen de ocupación de Alemania, la integración de la República Federal de Alemania e Italia en el Tratado de Bruselas<sup>101</sup> y su pronta

---

<sup>99</sup> Vid. Charles JOHNSON, *Las amenazas del imperio: militarismo, secretarismo, y el fin de la república*, editorial crítica, Barcelona, 2004, pp. 216-218.

<sup>100</sup> Vid. Claude DELMAS, *El Pacto de Varsovia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 10-150; V. MASTNY y M. BYRNE (eds), *A Cardboard Castle?: An Inside History of the Warsaw Pact 1955–1991*, Central European University Press, Budapest, 2005, pp. 5-56; F. UMBACH, *Das rote Bündnis: Entwicklung und Zerfall des Warschauer Paktes 1955–1991*, Christoph Links, Berlín, 2005, pp. 15-69; Pál SONNEVEND, “Warsaw Treaty Organization”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 2 de febrero de 2012.

<sup>101</sup> Sobre el Tratado de Bruselas de 1948 consultar Francisco ORREÑO VICUÑA, *La integración política: su realidad, su necesidad*, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, pp. 161-162.

admisión a la OTAN. Estados Unidos, Reino Unido y Francia consideraban que el gobierno de la República Federal de Alemania era el único gobierno libre y legítimamente constituido en Alemania, con capacidad jurídica y política para representar a dicho país. Fue así como se crea un Protocolo Adicional al Tratado del Atlántico Norte y se acepta a la Republica Federal de Alemania dentro de dicha Organización en 1954.

Mientras tanto, la Unión Soviética había enviado una invitación a todos los países europeos con los que mantenía relaciones diplomáticas. En dicha nota propone una conferencia mundial sobre seguridad colectiva en Europa de conformidad con la Carta de la ONU, para tratar de imponerse a la visión empresarial global estadounidense institucionalizada en el esquema de seguridad colectiva de la Carta de 1945 y, al mismo tiempo, conseguir aliados para su proyecto hegemónico. Sin embargo, los Estados miembros de la OTAN rechazaron la invitación sobre el fundamento de que la Unión Soviética quería impedir la ratificación de los Acuerdos de París. Otros que decidieron no participar fueron Suiza y Yugoslavia.

La conferencia se realizó con la asistencia de los países de la periferia soviética: Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, República Democrática de Alemania (RDA)<sup>102</sup> y Rumania. En la apertura, la delegación soviética denunció los Acuerdos de París por permitir el renacimiento del militarismo germánico; al mismo tiempo, propuso la institución de un nuevo concepto de seguridad colectiva para Europa, sin tener en cuenta sus sistemas sociales ni su organización estatal<sup>103</sup>. Ante la crisis anunciada con los países occidentales, la URSS y sus aliados decidieron celebrar en 1955 el Pacto de Varsovia.

El preámbulo del Tratado establece la decisión de sus integrantes de fundar un sistema de seguridad colectiva en la región en el que participen todos los Estados europeos, reconoce los principios y propósitos de la Carta de la ONU, y señala que el tratado se

---

<sup>102</sup> Las relaciones RDA-Pacto de Varsovia (1955-1991) son analizadas en Juan Carlos MONEDERO y Emilio ALVARADO, *El retorno de Europa: de la perestroika al Tratado de Maastricht*, editorial Complutense, Madrid, 1993, pp. 177-178.

<sup>103</sup> Vid. Robin REMINGTON, *The Warsaw Pact. Case Studies in Communist Conflict Resolution*, MIT Press, Cambridge, 1971.

hacía bajo el respeto a los principios de independencia y soberanía y la no intervención en los asuntos internos<sup>104</sup>.

El artículo primero apunta a los principios de la ONU para solucionar las diferencias entre los Estados por medios pacíficos. El artículo 2 establecía que las partes contratantes estaban dispuestas a participar en toda acción internacional por la paz y la seguridad, y señalaba que trabajarían por la reducción de armamentos y la prohibición de armas atómicas, de hidrógeno y otras de destrucción masiva.

El artículo 4 era de los más importantes al incorporar el principio de legítima defensa colectiva, en donde un ataque a cualquiera de ellos era un ataque hacia todos los integrantes del Pacto, cuyas medidas serían comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad de la ONU.

Sin embargo, al igual que en la OTAN, el Pacto de Varsovia no señalaba que sucedería si las medidas del Consejo de Seguridad fueran insuficientes, lo cual significaba que también llegado el momento sería el Pacto el que calificaría la competencia o insuficiencia de dichas medidas de acuerdo con el Capítulo VII (medidas coercitivas) y el Capítulo VIII (relaciones ONU-Organismos regionales<sup>105</sup>) de la Carta de San Francisco.

Otros artículos importantes eran el quinto y el sexto, que establecían diversos órganos colectivos del Pacto. El primero creaba un manto militar unificado en Moscú, y señalaba la obligación de los países miembros de reforzar su capacidad defensiva. El sexto creaba la Comisión Consultiva Política, orientada a ser el foro de consultas y acción colectiva.

Los demás artículos se referían a la prohibición de realizar ningún acuerdo en contra de los objetivos del Pacto, así como la posibilidad de que otros Estados se integraran en el Pacto; el artículo 9 establecía la duración del mismo por veinte años; el artículo 11 se refería a una prórroga de 10 años para aquellos Estados que no lo hubieran denunciado. Asimismo, este artículo introducía otra causa de disolución: la realización en Europa de

---

<sup>104</sup> Vid. Claudio BONNEFOY y Jaime LAGOS, *Relaciones Internacionales, Repertorio de Instrumentos Internacionales*, editorial jurídica de Chile, 1966, pp. 213-216.

<sup>105</sup> Vid. Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA, *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*, Dykinson-serie estudios internacionales y europeos de Cádiz, Madrid, 2005, p. 107.

un tratado general sobre nuevos esquemas de seguridad colectiva. La Comisión Consultiva Política se reuniría dos veces al año, y era presidida rotativa y anualmente por cada uno de los representantes de los países miembros.

Asimismo, se observaron diversos períodos en la evolución de este Pacto de Varsovia: desde su creación y hasta 1960, el mayor esfuerzo estuvo dirigido al mejoramiento de las condiciones de combate de los ejércitos de los países miembros, la promoción de la educación de los oficiales y la creación de escuelas de especialidades. Por otra parte, comenzaba un período de negociaciones para impulsar un posible desarme nuclear entre las superpotencias, aunque el rearme nuclear siguió su marcha<sup>106</sup>.

Ahora bien, otro período fue de 1961 hasta 1968: continuó la modernización y aumentó el número de maniobras militares conjuntas entre los ejércitos del Pacto. En dicha época, la Unión Soviética ya tenía aviones capaces de llevar armamento atómico y poseía misiles intercontinentales, aumentó su potencial de respuesta nuclear y comenzó a proporcionar misiles de mediano alcance a los ejércitos del Pacto de Varsovia<sup>107</sup>.

De 1969 a 1980 se consolida el Pacto como una alianza político-militar, basada en la estrategia militar de la disuasión nuclear. En 1969, la Comisión decide crear la Comisión de Ministros de Defensa, el Consejo Militar y el Consejo Técnico. La Comisión de Ministros de Defensa era el órgano consultivo en materia militar, y su tarea consistía en elaborar recomendaciones y proponer planes para la organización de la defensa colectiva y la seguridad. Asimismo, se crearon otros órganos para la planificación y control de la producción. En 1976 se estableció la Comisión de Ministros de Relaciones Exteriores. Por otro lado, Albania abandona el Pacto en 1968 tras la invasión soviética a Checoslovaquia. En la década de los años ochenta empiezan a surgir las fricciones por la hegemonía soviética en el Pacto, y comienzan los tiempos de importantes transformaciones en el bloque soviético que llevarían a su desaparición.

En conclusión, fue éste un pacto que la Unión Soviética juzgó necesario más por razones políticas que militares, pero de hecho supuso una jugada importante en el ajedrez de las superpotencias y la disputa por la hegemonía mundial. El Pacto de

---

<sup>106</sup> Peter CALVOCORESSI, *Historia política del mundo contemporáneo: de 1945 hasta nuestros días*, Akal, Madrid, 1999, pp. 42-71.

<sup>107</sup> Vid. Thomas W. WOLFE, *Soviet Power and Europe 1945-1970*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1970, pp. 3-45.

Varsovia constituyó un verdadero reto militar para Estados Unidos, y obligó a los países de la OTAN a sostener una carrera armamentista capaz de enfrentar el riesgo de un ataque nuclear.

Fue éste uno de los motivos del debilitamiento del poder económico y político soviético, al asumir un esquema de seguridad colectiva fundamentado en la defensa militar extrema. Enormes gastos en armamento bélico se pudieron observar durante los años que la Unión Soviética se enfrentó a Estados Unidos durante la Guerra Fría.

Ahora bien, por otra parte, al otro lado del Atlántico, en el continente americano, también se desarrollan esquemas de seguridad y defensa colectiva, inclusive antes que los pactos militares europeos, los cuales correspondían a cuestiones estrictamente regionales, y limitados a la estrategia militar concebida por Estados Unidos bajo el contexto de la Guerra Fría para impedir el expansionismo del comunismo soviético en el continente americano, considerado como zona de influencia tradicional de Estados Unidos.

En efecto, una vez creada la ONU bajo el principio de seguridad colectiva, y ante el debilitamiento de las relaciones entre Estados Unidos y la Unión Soviética, Washington se encargaría de diseñar los conceptos y proyectos de seguridad colectiva a ser incorporados en la región americana.

En este asunto también se pueden observar varias fases temporales: entre 1947 y 1959 se construyeron los fundamentos basados en la solidaridad continental para enfrentarse al expansionismo soviético y mantener valores como la democracia y la libertad en la región, y de 1960 hasta 1990 se cambia a la acción político-militar contrainsurgente.

En este ámbito territorial, dentro de la fase de la solidaridad como instrumento de dominación hacia América Latina, se establece la primera estructura en este campo: el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR, en adelante) para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, firmado en septiembre de 1947



por los representantes de numerosos Estados americanos y en vigor desde diciembre de 1948, meses antes de que en Europa se creara la OTAN con similares fines<sup>108</sup>.

El TIAR implicaba un acuerdo sobre seguridad colectiva basado en tres postulados básicos: proscripción del uso o amenaza de la fuerza, solución pacífica de controversias y defensa colectiva<sup>109</sup>. Entre sus principales disposiciones se puede mencionar el artículo 3 párrafo 1, que incorpora el principio de defensa colectiva incluso antes que la OTAN (1949) y el Pacto de Varsovia (1955); en dicho artículo se establece de manera general que un ataque armado por cualquier Estado contra un Estado americano es considerado como un ataque a todos los Estados americanos, y consecuentemente las partes contratantes se obligan a ayudarse en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de San Francisco<sup>110</sup>.

En el caso de una agresión, el TIAR establece la obligación de las Partes de consultarse, otorgando el artículo 6 al órgano consultivo la facultad de adoptar las medidas necesarias hasta que el Consejo de Seguridad adopte sus medidas para el mantenimiento de la paz, sin especificar qué pasaría si dichas medidas del Consejo de Seguridad fueran poco efectivas. La firma y ratificación del TIAR fue una de las razones de que Costa Rica disolviera su ejército, al considerar las previsiones del Tratado como una garantía suficiente para su defensa.

---

<sup>108</sup> Véanse en general Jean-Michel ARRIGHI, “Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance of Rio de Janeiro (1947)”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 29 de enero de 2012; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “La coordination des systèmes de l'ONU et de l'Organisation des États Américains pour le règlement des différends et la sécurité collective”, *Rec. des C.*, vol.111, 1964, pp. 420–526; F. PAOLILLO, “Nuevas reflexiones en torno a una debatida cuestión: facultades de las entidades regionales en materia de acción coercitiva”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, vol.3, 1964, pp. 173–205.

<sup>109</sup> Para el TIAR, la defensa colectiva significa reunir el conjunto de las fuerzas armadas nacionales de las partes del Tratado para hacer frente a una amenaza común, en tanto la seguridad colectiva consiste en reunir fuerzas para mantener la paz y seguridad dentro o cerca del área de competencia del grupo signatario del Tratado. Patricio DE BLAS, José DE LA PUENTE, María Jesús SERVIÁ, Enrique ROCA, Ricardo A. RIVAS, *Historia común de Iberoamérica*, EDAF, Madrid, 2000, pp. 518-519; y Kintto LUCAS, *Estados Unidos en guerra: del miedo a la libertad vigilada*, Editorial Abya Yala, Quito, 2001, pp. 125-127.

<sup>110</sup> Los países firmantes en 1947 fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Nicaragua se incorporó en 1948, Ecuador en 1949, Trinidad y Tobago en 1967, Bahamas en 1982; Cuba se retiró en 1959 y México en 2002; Canadá y Guyana se integraron tiempo después de haber sido firmado en 1947. El resto de las islas del Caribe, junto con Surinam y Guayana Francesa, no son consideradas para dichos fines.

El TIAR, para todos los aspectos de su aplicación, se encuentra bajo la directa responsabilidad de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), creada en 1948. Los asuntos militares del TIAR son conducidos a través de la "Junta Interamericana de Defensa" (JID), cuya sede está en Washington D.C.<sup>111</sup>.

Así la OEA, bajo el patrocinio de Estados Unidos como la primera organización regional panamericana y modelo en otras regiones, fue inmediatamente reconocida como organismo regional en virtud del Capítulo VIII de la Carta por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 253-III (1948)<sup>112</sup>.

El Consejo de Seguridad, por otra parte, afirma su primacía en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, establecida en el Capítulo VII; no obstante, dejó a libre criterio de las organizaciones regionales ciertos espacios vacíos que fueron interpretados a conveniencia de estas organizaciones, los cuales fueron aprovechados para sustentar su pretensión de aislar a la ONU de los problemas políticos y de seguridad de la región en cuestión afirmando su prioridad a través del país (o países) hegemónico (s) por tradición<sup>113</sup>.

En este sentido, Estados Unidos, siguiendo la política de contención contra la Unión Soviética y la expansión de sus esferas de influencia, construyó en sus zonas prioritarias, Europa (sin estar geográficamente en dicho continente) y América, un

---

<sup>111</sup> La JID está integrada por cuatro órganos principales: 1) El Consejo de Delegados, formado por oficiales de alto rango de las tres fuerzas castrenses de todos los países miembros. Otorga asesoramiento a la OEA en asuntos de carácter militar, y actúa como órgano de planeamiento y preparación para la defensa y seguridad del Continente Americano; 2) El Estado Mayor, integrado por oficiales de todos los países miembros, cuyas funciones iban desde el asesoramiento hasta el planeamiento con el fin de responder a la seguridad continental; 3) La Secretaría, que presta servicios administrativos, logísticos, financieros, lingüísticos, de enlace, protocolo y relaciones públicas. Al mismo tiempo, es Secretaría del Comité Consultivo de la OEA, cuando es convocado por los Estados miembros; y 4) el Colegio Interamericano de Defensa es una escuela de posgrado de defensa para militares, funcionarios gubernamentales y académicos, en el que se tratan asuntos de defensa continental.

<sup>112</sup> Sobre la OEA véanse Jean-Michel ARRIGHI, "Organization of American States (OAS)", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 28 de enero de 2012; B. HORWITZ, *The Transformation of the Organization of American States: A Multilateral Framework for Regional Governance*, Anthem Press, Londres, 2010; M. HERZ, *Organization of American States (OAS)*, Routledge, Londres 2010; H. CAMINOS, "The Role of the Organization of American States in the Promotion of Democratic Governance", *Rec. des C.*, vol.273, 1998, pp. 107-237.

<sup>113</sup> La Liga de los Estados Árabes, dominada por Egipto, fue reconocida por la Asamblea General mediante la resolución 253-III de 1948; y la OUA, también controlada por Egipto y varios países del África subsahariana, fue reconocida a través de la resolución 2011 de la Asamblea General en 1965, todas ellas en calidad de organizaciones regionales del Capítulo VIII de la Carta.

cinturón de seguridad y defensa mundial para legitimar sus acciones, creando las estructuras internas correspondientes según su óptica de seguridad nacional y de seguridad colectiva para cada región.

Es así como fue creado el Consejo Permanente de la OEA, el cual actúa provisionalmente como mecanismo de consulta, pero sólo participan en la votación las partes contratantes del TIAR. El Consejo es el responsable de evaluar si existen las condiciones para convocar una Reunión de Consulta de los integrantes del TIAR, o la aplicación de las medidas correspondientes. No obstante, como hemos señalado, la OEA se convirtió en un instrumento legitimador de la intervención y difusión de la política de seguridad nacional estadounidense<sup>114</sup>.

En el transcurso de la Guerra Fría, dentro del esquema del TIAR, Estados Unidos desarrolló programas de asistencia militar y entrenamiento que le permitieron ejercer una influencia decisiva en la formación de los ejércitos en América Latina. Asimismo, al amparo de la Ley de defensa mutua, Washington desarrolló sistemáticamente programas de entrenamiento militar en la Zona del Canal de Panamá, que a partir de 1963 serían conocidos como “Escuela de las Américas”.

En dicha época, Estados Unidos aplicó una política intervencionista en Centroamérica y el Caribe en donde se promovió el derrocamiento de gobiernos no afines. En la década de los años cincuenta estallaron movimientos sociales contra las dictaduras militares y por la restauración de la democracia, como sucedió en Guatemala, República Dominicana, Venezuela y Colombia.

Ahora bien, el triunfo insurgente en Cuba en 1959 y el curso revolucionario del nuevo poder transformaron el mapa de conflictos políticos en el continente y propiciaron el inicio de una etapa de luchas insurgentes que fueron enfrentadas con nuevas modalidades de intervención por parte de Estados Unidos. En el interior de dicho país se aplicó el macartismo para perseguir a intelectuales, académicos y sindicalistas de izquierda que tuvieran influencias comunistas.

El período 1960-1990 estuvo caracterizado principalmente por la afectación de los intereses estadounidenses con el curso socialista de la Revolución Cubana. La política

---

<sup>114</sup> Vid. Antonio REMIRO BROTONS, *la hegemonía norteamericana, factor de crisis de la OEA*, Studia Albornotiana, Zaragoza, 1972, pp. 50-250.

del gobierno cubano de promover movimientos insurgentes chocó con el intervencionismo de Estados Unidos. El resultado sería la expulsión de Cuba del sistema interamericano y el bloqueo económico, que persiste. Estados Unidos se enfrentó al desafío del socialismo en un país latinoamericano, así como el surgimiento de guerrillas y procesos reformistas democratizadores en varios Estados latinoamericanos, procesos que llevaron a Estados Unidos a aplicar una continuada estrategia contrainsurgente, compuesta primordialmente por programas de ayuda político-social hacia dichos países dentro del esquema de la OEA.

Dicha estrategia contrainsurgente se fundamentaría en dominar militarmente América Latina<sup>115</sup>. De esta manera, Estados Unidos intervino, según el caso, en República Dominicana, Granada, Panamá, Chile y Bahía de Cochinos en Cuba y también apoyó programas de ayuda militar en Centro y Suramérica. Paralelamente a ello, Washington promovió un ambicioso programa político llamado “Alianza para el Progreso”, en la reunión de la OEA en Punta del Este (Uruguay) en 1961, en un reconocimiento tácito de que la insurgencia era propiciada por problemas políticos, económicos y sociales. En la década de los años setenta se agregó el discurso sobre la defensa de los derechos humanos ante la situación crítica creada en algunos países por los abusos cometidos por las políticas contrainsurgentes inspiradas en la seguridad nacional estadounidense.

Fue así como, durante la época de la Guerra Fría, la política de Seguridad Nacional estadounidense se centró en la seguridad del Estado y no del ciudadano<sup>116</sup>; el enemigo externo es sustituido por el enemigo interno representado por los agentes nacionales del comunismo internacional, y esto se reflejaba en el intervencionismo de Estados Unidos en América Latina durante dicho período.

Por otra parte y dentro del contexto de Guerra Fría, el TIAR trató de hacerse efectivo durante la Guerra de las Malvinas entre Argentina y Reino Unido en abril de 1982. Sin embargo, Estados Unidos, miembro tanto del TIAR como de la OTAN, prefirió cumplir sus obligaciones con la OTAN, reflejándose así una política de doble moral de

---

<sup>115</sup> Jaime ZULOAGA NIETO, “Las políticas de Seguridad Nacional de Estados Unidos y su impacto sobre la Democracia”, en Marco A. GANDÁSEGUI (coord.), *Crisis de Hegemonía de Estados Unidos*, Siglo XXI- CLACSO, México, 2007, pp. 232-237.

<sup>116</sup> Vid. Sergio AGUAYO, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad*, siglo XXI, México, 1990, p. 98.

Washington hacia América Latina. De este modo, la relación EE.UU.-Reino Unido permanecía inquebrantable como alianza política, militar y estratégica por excelencia.

Una de las razones para no cumplir con el TIAR esgrimida por Estados Unidos fue que Argentina había empezado la crisis y posteriormente la guerra por la soberanía de las Islas Malvinas, al invadir territorio bajo dominio británico. Por tanto, no correspondía su aplicación de conformidad con el Capítulo VIII de la Carta y la adopción de medidas coercitivas, pues en orden jerárquico la ONU representaba la primera instancia jurídica de referencia antes que el TIAR, no obstante el poder de veto, en este caso, de Reino Unido y Estados Unidos en el Consejo de Seguridad. Otra cuestión que Estados Unidos interpuso se fundamentó en el incumplimiento por parte de Argentina de la resolución 502 (3 de abril de 1982) del Consejo de Seguridad, que exigía el retiro de las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas como condición previa a cualquier proceso de negociación.

Sin embargo, Argentina no se pronunció por la falta de voluntad negociadora mostrada por la Primer Ministra Británica Margaret Thatcher, quien ordenó el envío inmediato de la real flota militar inglesa hacia el Atlántico Sur, situación que llevó a Argentina a exigir el cumplimiento del TIAR. La política pro-británica de Estados Unidos no significó su retirada del TIAR, al no haber un comunicado oficial ante la OEA de su renuncia (artículo 25 del TIAR). Fue un no cumplimiento *de facto* de las obligaciones del tratado<sup>117</sup>.

Estas situaciones creadas durante el conflicto argentino-británico llevaron a cuestionar seriamente la condición del TIAR como instrumento de defensa multilateral de América, siendo la última vez en la historia del TIAR que sería invocado por algún Estado miembro. De esta crisis el TIAR no se recuperaría, quedando técnicamente fuera de la agenda interamericana en los años subsecuentes y hasta el fin de la Guerra Fría. De esta manera, en América Latina el sistema de seguridad colectiva implementado por Estados Unidos quedó abierto a la reflexión y a una posible reforma o su desaparición como tal.

---

<sup>117</sup> Vid. Jaime ZULOAGA NIETO, “Las políticas de Seguridad Nacional de Estados Unidos y su impacto sobre la Democracia”, en Marco A. GANDÁSEGUI (coord.), *op.cit.*, pp. 232-237.

Y fue así cómo el Estado hegemónico estadounidense, a lo largo de más de cuatro décadas de Guerra Fría, logró imponer en ambos lados del Atlántico sus concepciones y esquemas de seguridad, demostrando al mismo tiempo que la función de hegemonía fundamentada en la seguridad nacional opera ideológicamente en dos perspectivas: por una parte, para legitimar las acciones del gobierno frente a la sociedad estadounidense, y, por otro lado, desde el ángulo internacional, el concepto de seguridad nacional conlleva un significado hacia lo transnacional al incorporarse en él diversos escenarios a escala mundial.

Por ello, puede señalarse que la concepción de seguridad nacional para Estados Unidos está más bien dirigida hacia la clase dominante o diversos sectores que la componen, y que el gobierno ha dirigido su sociedad en este sentido, asegurando que ante todo el interés del Estado estadounidense, aprovechando que sólo ha experimentado el modo de producción capitalista y que impera en la conciencia de las masas, no sólo de los círculos sociales más altos sino de los más diversos sectores de la sociedad estadounidense. Ello es lógico, toda vez que la burguesía del capitalismo monopolista e imperialista ejerce su gran poder mucho más allá de lo económico, al establecer su hegemonía por medio de poderosos medios de difusión, extendiendo el eje de su ideología política en todos los campos de la cultura<sup>118</sup>.

#### **I.F. El Estado ante los servicios de información y espionaje como garantes de su seguridad nacional e internacional durante la Guerra Fría**

Desde la aparición del Estado Moderno y Contemporáneo, la necesidad de contar con un sistema de información desarrollado y fiable se convirtió en una constante en las políticas de seguridad nacional, debido a que del mismo dependía el estudio del enemigo, las armas y la estrategia militar<sup>119</sup>. Con el estallido de la Primera Guerra Mundial, los servicios de información y espionaje<sup>120</sup> representaron el baluarte de la seguridad, tanto interna como externa. Así, los Estados más poderosos lograron mantener el monopolio del uso de la fuerza armada.

---

<sup>118</sup> Vid. Niall FERGUSON, "Hegemony or Empire?" *Foreign Affairs*, vol.82, n°5, 2003, pp. 154-161.

<sup>119</sup> En los albores del siglo XXI, los sistemas de inteligencia y contrainteligencia fueron fundamentales para la conformación de la democracia. Vid. Roy GODSON, "Conferencia internacional sobre seguridad y justicia en democracia", *Gaceta UNAM*, número 4, 344, 13 de junio de 2011, p. 7.

<sup>120</sup> Con el caso de Julian Assange creador de wikileaks, el concepto de espionaje no se encuentra bien definido por el Derecho internacional, para algunos el espionaje es una ofensa política no un delito de tipo penal, vid. <http://elmundodelabogado.com/2011/wikileaks-y-el-derecho-internacional/>

Por ejemplo, en **Estados Unidos** se creó la Oficina Federal de Investigación (FBI por sus siglas en inglés)<sup>121</sup>, encargada tanto de la seguridad interna como de la información secreta en el país y también para América Latina. Sin embargo, dicho gobierno juzgó peligroso confiar la investigación interior y exterior a un mismo servicio, sobre todo después del sorpresivo ataque japonés de diciembre de 1941 y, por ello, terminada la Segunda Guerra Mundial, propuso al Congreso la adopción de un nuevo proyecto legislativo presentado en 1947 bajo el nombre de Ley de Seguridad Nacional, que organizaba toda la comunidad de la información. Así fue creada la Agencia Central de Inteligencia (CIA), que se encargaría de tres misiones clásicas: información, contraespionaje y acción.

Su originalidad se fundamentaba en la utilización estratégica de todas las informaciones secretas o abiertas que llegaran a ser cruciales para la seguridad del Estado. Administrada por un director y un director adjunto nombrados por el gobierno estadounidense, la CIA se integraba en sus inicios por cuatro direcciones: la Dirección de la Explotación; la Dirección Científica y Tecnológica, con la doble misión de desarrollar la tecnología propia del espionaje y de explotar las informaciones científicas; la Dirección Administrativa y Logística; y por último la Dirección de Operaciones, que abarcaba los tres servicios clásicos.

De acuerdo con el espíritu del Presidente Truman, la CIA debía tener como funciones principales la coordinación de los servicios de información e investigación; sin embargo, sus primeros directores, en particular Allen Dulles, la orientaron en una tendencia totalmente distinta, pues se otorgó prioridad a la investigación secreta argumentando el clima de guerra fría existente en las relaciones internacionales, y por otra parte, Dulles se concentró en actividades caracterizadas por acciones clandestinas y paramilitares contra el bloque soviético.

Mucho más que un servicio de información, la CIA se convirtió en un servicio de acción en la mayor parte de los conflictos que estallaron en la segunda mitad del siglo XX<sup>122</sup>. En particular, en el Extremo Oriente se desarrollaron las operaciones paramilitares más importantes patrocinadas por la CIA, logrando reunir un

---

<sup>121</sup> Vid. William DOMHOFF, *Quién gobierna Estados Unidos?*, siglo XXI, México, 1994, pp. 165-180.

<sup>122</sup> Vid. Eric FRATTINI, *CIA-Historia de la Compañía*, Editorial Edaf, Madrid, 2005, pp. 8-20.

impresionante ejército durante la guerra de Vietnam (1964-1975)<sup>123</sup>. Estas operaciones hicieron de la CIA un auténtico Estado dentro del Estado estadounidense<sup>124</sup>.

Otros importantes organismos estadounidenses de espionaje fueron la Agencia de Seguridad Nacional, que se encargaba de la interceptación y el dominio del espionaje electrónico; la Agencia de Inteligencia y Defensa, que coordinaba las actividades de los servicios militares y elaboraba síntesis relativas a las capacidades operativas de los ejércitos extranjeros; la División de Investigación e Inteligencia, encargada de recibir la información de las misiones diplomáticas; y la Comisión Atómica, que explotaba la información de la CIA en relación con las pruebas nucleares de las potencias extranjeras.

El descrédito de la CIA en los años ochenta<sup>125</sup> y principios de los noventa obstaculizó una armoniosa cooperación en el seno de la comunidad de información estadounidense, situación ésta fue aprovechada por el Pentágono para obtener los servicios y los presupuestos más altos y los mejor dotados en materiales tecnológicos durante dicho período.

Por otra parte, en Europa durante la Primera Guerra Mundial casi todos los Estados más poderosos ya contaban con servicios de espionaje; sin embargo, no fue sino hasta la Segunda Guerra Mundial cuando dichos servicios se empezaron a desarrollar con mayor complejidad. De esta manera, se mencionarán algunos ejemplos:

En **Reino Unido** el servicio de información británica agrupaba un importante número de organismos. En la jerarquía de la organización se encontraba el Consejo Superior vinculado con el Primer Ministro británico. De ese Consejo dependía la oficina de inteligencia, que era un organismo original, pues se configuraba como un centro nacional de documentación. Se encontraba dividida en secciones geográficas y temáticas, y también poseía representantes en las embajadas británicas acreditadas por todo el mundo. Entre sus organismos se encontraba el Servicio de Especial de

---

<sup>123</sup> La política de Estados Unidos en la guerra de Vietnam puede consultarse en Christian G. APPY, *La guerra de Vietnam, Una historia oral*, Editorial crítica, Barcelona, 2008, pp. 506-512.

<sup>124</sup> Vid. Jean Pierre ALEM, *El espionaje y el Contraespionaje*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 112-113.

<sup>125</sup> El caso Irangate, la CIA fue acusada de enviar clandestinamente armas a Irán en los años ochenta. Vid. Noam CHOMSKY y Heinz DIETERICH, *Hablemos de Terrorismo*, editorial Txalaparta, Tafalla, 1998, pp. 93-95.



Inteligencia, encargado del espionaje, contraespionaje y la acción, con sucursales y agentes a escala global. Se encontraba estrechamente vinculado con el Primer Ministro y mantenía estrechas relaciones con el Ministro británico de Relaciones Exteriores.

Los jefes de información o MI 5 se encargaban del contraespionaje en el interior del Imperio Británico en colaboración con la agencia de Investigaciones Especiales de Scotland Yard<sup>126</sup>.

Otro servicio de espionaje importante en Europa es el alemán. **Alemania** en la Segunda Guerra Mundial contaba con la Abwehr y la Gestapo que llegaron a tener gran actividad en las operaciones de la Alemania Hitleriana. Después, como **Alemania Federal**, durante la Guerra Fría poseía un servicio de información ante todo dedicado al contraespionaje que estaba vinculado al Ministro del Interior. El servicio secreto alemán fue conocido como la Oficina de Protección de la Constitución, que se dedicaba a vigilar las fronteras del Estado Alemán occidental. Otro órgano importante fue el Servicio Federal de Información (BND), creado por Reinhard Gehlen, quién en 1945 asumió la jefatura del Oberkommando de las Heeres que dependía del estado mayor alemán. En mayo de 1945, Allen Dulles lo reclutó inmediatamente y le encargó un servicio vinculado al sistema de información del ejército alemán, y luego a la CIA.

En **Francia**, el servicio de información francés, llamado el *Deuxième Bureau*, fue de los más desarrollados en Europa, y sus orígenes se sitúan en el período previo a la Primera Guerra Mundial. En la Segunda Guerra Mundial los servicios secretos fallaron al no prevenir el rearme de Alemania y sus planes de expansión en Europa; poco después, esta etapa de poca efectividad de sus sistemas de espionaje fue superada ampliamente. En la Guerra Fría mantuvo un eficaz sistema de información en casi todos los conflictos internacionales, incluyendo principalmente las guerras de liberación nacional en África del Norte y Occidental así como en la guerra de Vietnam y en el prolongado conflicto árabe-israelí. Por otro lado, la complejidad de la red de los sistemas franceses de información obedeció a su estrategia de seguridad nacional<sup>127</sup>.

Otros importantes servicios de inteligencia fueron el soviético y el israelí- En ellos el Estado construirá una compleja red de información secreta para asegurar su seguridad

---

<sup>126</sup> Vid. Mikel RODRÍGUEZ, *Espías vascos*, Txalaparta, Tafalla, 2004, p. 336.

<sup>127</sup> Vid. Paul PAILLOLE, *Services Spéciaux*, París, 1975, pp. 3-40.

nacional, teniendo como base principal a su ejército. En el transcurso de la Guerra Fría dichos sistemas de información dedicados al espionaje y contraespionaje se transformarán constantemente como un proceso irreversible en la dinámica Estado-ejército. De esta manera, resaltaremos algunas características de tales sistemas de información.

Ahora bien en la **Unión Soviética**, los servicios de espionaje e información se habían caracterizado por poseer una policía política poderosa durante el régimen del Zar Nicolás I hasta la Revolución Bolchevique. Dicho organismo estatal fue conocido como *Ochrana*, la cual estaba encargada de una misión de vigilancia global del Imperio Ruso.

En 1917 la *Ochrana* se transformó en la *Tcheka*, que tenía toda la capacidad para vigilar, detener y ejecutar a todos los acusados de espionaje. En 1922, la *Tcheka* se transformó en el Directorio Político del Estado, estrechamente vinculado con el Comisariado del Pueblo para Asuntos Interiores.

Tiempo después, en la Segunda Guerra Mundial y ante la invasión alemana, los servicios secretos soviéticos fueron separados del Directorio para formar un Ministerio propio. Además, la URSS contaba con un servicio particular de contraespionaje llamado SMERSH; dicho organismo cumplió con diversas actividades para bloquear a los espías ingleses y alemanes. De hecho, el servicio de inteligencia soviético fue de los más exitosos, como fue el caso de Philby, quien logró penetrar los servicios secretos ingleses, obteniendo valiosa información del Código Enigma alemán.

Al inicio de la Guerra Fría fueron separados todos los servicios civiles y militares en el seno del Comisariado del Pueblo. El Comité de Información estuvo dirigido por varios jefes como Molotov, Zorine, Vichinsky y Abakumov. En 1953, tras la muerte de José Stalin se reestructuró todo el sistema, y finalmente, en 1954 se creó el Comité de Seguridad del Estado (Komitet Gosudarstvenoy Besopastnosti, en adelante KGB)<sup>128</sup>.

La KGB se distinguía por ser una institución *sui generis* con escala diferente a la de otros servicios especiales del mundo<sup>129</sup>. La KGB tenía un ministerio que disponía de un ejército, de una aviación y una marina propias. Sus integrantes tenían gran influencia y poder dentro del Estado soviético. Dirigido por un presidente, la KGB estaba vinculada

---

<sup>128</sup> Vid. Jean Pierre ALEM, *op. cit.*, pp. 123-125.

<sup>129</sup> Vid. Eric FRATTINI, *KGB: Historia del Centro*, editorial EDAF, Madrid, 2005, pp. 100-229.

teóricamente con el Consejo de Ministros y el Comité Central del Partido (PolitBuró). En la práctica, la KGB constituía un Estado dentro del Estado soviético.

Su organización constaba de cinco direcciones generales y otras direcciones ordinarias o de servicios. La primera dirección general comprendía la subdirección de agentes secretos que vivían en el extranjero bajo una identidad falsa, por lo regular en Europa Occidental; asimismo contaba con una dirección científica y técnica, servicios de contraespionaje de carácter ofensivo, de desinformación o intoxicación, y de acción. Las direcciones segunda y tercera estaban encargadas de la información y vigilancia en el interior del Estado soviético; la cuarta dirección se dedicaba a los guardafronteras, y la quinta dirección estaba dirigida a las escuelas y centros de investigación. La más importante de las direcciones ordinarias la constituían sus fuerzas armadas, que controlaban el Directorio Político del Estado y todas las unidades militares o paramilitares del Estado soviético. Finalmente tenía sus propios representantes en el extranjero, entre los cuales figuraban los agregados militares encargados de la seguridad nacional del Estado soviético en el extranjero. Al finalizar la Guerra Fría, la KGB desapareció (6 de noviembre de 1991), y en su lugar se crearon dos organizaciones para el espionaje y contraespionaje en Rusia: el Servicio de Seguridad Interna e Inteligencia Extranjera (FSB), y la Unión de Inteligencia Extranjera (SVR)<sup>130</sup>.

Fuera de Europa y Estados Unidos, los servicios de espionaje y de información más importante son los israelíes. Los sistemas de información en **Israel** datan de 1952. En realidad, sus estructuras son una representación a escala reducida del sistema de información estadounidense. En sus inicios el servicio secreto israelí se encontraba integrado por un Comité de Información presidido por un director, que era el coordinador de la acción de los diversos servicios, entre ellos el Departamento de Investigación del Ministerio de Asuntos Exteriores y una sección especial de la policía, el Instituto de espionaje, el servicio de seguridad general y el servicio militar árabe.

El servicio de información israelí había garantizado en general durante el largo período de la Guerra Fría los márgenes de seguridad para el Estado Israelí; sin embargo, el fracaso en precedir el ataque militar árabe que provocó la guerra árabe-israelí de 1973 demostró la vulnerabilidad de sus sistemas de información.

---

<sup>130</sup> Vid. Jorge SERRANO TORRES, "Los servicios secretos rusos", *Agencia inpi*, 1 de junio de 2004, en [www.a-ipi.net/article120982.html](http://www.a-ipi.net/article120982.html)

Después de dicha guerra, los servicios de inteligencia israelíes se reestructuraron bajo una nueva estructura llamada Servicio General de Seguridad, integrado por las unidades de operaciones especiales, información y seguridad dependientes de los Ministerios del Interior y Defensa, y de su Estado Mayor. Los servicios de inteligencia israelíes cuentan con el Mossad<sup>131</sup>, encargado de la información en el exterior, el Shabak (antiguo Shin-Beth), para la seguridad interior, y el Aman, a cargo de la información militar (dirigida hacia los Estados árabes). Para poder enfrentarse al entorno de constante hostilidad, el Mossad se actualiza conjuntamente con la CIA, y así los servicios de inteligencia israelíes son los más activos del mundo<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Vid. Ramiro ANZIT GUERRERO, “Los servicios de inteligencia israelíes en las guerras de Irak y Libano”, *Revista Aainteligencia*, Año 1, nº 2, enero 2000, p.40.

<sup>132</sup> Eric FRATTINI, *Los servicios secretos*, EDAF, Madrid, 2006, pp. 100-200.

## CAPÍTULO II

### DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO HEGEMÓNICO EN LOS ORGANISMOS REGIONALES Y OMPs A LA APARICIÓN DE LAS EMPRESAS PRIVADAS DE SEGURIDAD

#### INTRODUCCIÓN

Al terminar el enfrentamiento Este-Oeste, el Estado hegemónico, como monopolizador del uso de la fuerza armada, entró en un largo proceso de reestructuración de seguridad militar en sus principales esquemas regionales, particularmente en la OTAN y la OEA-TIAR. Mientras tanto, el Pacto de Varsovia desapareció junto con el bloque soviético, proceso que estuvo acompañado por la acentuada crisis en la conformación de las OMPs, debilitando al Estado hegemónico como garante de la seguridad nacional, regional e internacional. Este espacio de poder fue aprovechado por las empresas de seguridad privada (en adelante ESP), al experimentar paradójicamente un gran impulso propiciado por los propios Estados hegemónicos (particularmente Estados Unidos y Reino Unido)<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Las empresas de seguridad privada (ESP) y las empresas militares de seguridad privada (EMSP) pueden definirse como compañías que ofrecen un amplio abanico de servicios o asesoramiento militar y/o de seguridad fuera de su Estado de origen, estando generalmente asociadas con las fuerzas armadas de un Estado en situaciones de conflicto o post-conflicto armado, por lo que suelen operar en entornos inestables e inseguros. De forma sucinta, “son entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad” -*Documento de Montreux, cit.*, (documento de Naciones Unidas A/63/467-S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008, p. 6)-. Vid. también Chia LEHNARDT, “Private Military Companies”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, p. 1, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 1 de marzo de 2012. Dichas empresas pueden ser denominadas de modos muy diversos, como contratistas de seguridad privada, compañías militares privadas, empresas proveedoras de servicios militares, e incluso simplemente como industria militar privada.

## II.A. El Estado hegemónico en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)

Para la OTAN, el fin de la Guerra Fría significó que pasara de ser un sistema de seguridad colectiva primordialmente militar a desempeñar funciones de naturaleza político-jurídica<sup>134</sup>. Es así como la caída del bloque soviético representó para la Alianza Atlántica el comienzo de un complejo proceso de importantes transformaciones en su interior, dirigidas a justificar la ocupación de ese vacío político, militar y estratégico, así como orientadas hacia la consolidación y reactivación de las instituciones democráticas en el centro y este de Europa. Comenzaba así la ampliación de la OTAN hacia la Europa ex soviética.

Por otra parte, la redefinición de la OTAN aparece como una pieza importante de un proyecto general dirigido a compensar la distancia entre el proceso de interdependencia entre Estados y la concentración de poder económico y financiero a escala global<sup>135</sup>. Así, una vez desaparecido *de facto* el Pacto de Varsovia se celebran varias conferencias entre los principales países de la Alianza Atlántica para reformar el sistema de seguridad colectiva de la OTAN. Entre ellas, una de las más importantes es la Conferencia de Londres de 1990<sup>136</sup>, en donde se hace pública una declaración con propuestas concretas para desarrollar la cooperación con los países del antiguo bloque soviético dentro de un proyecto de actividades militares y políticas, en especial el establecimiento de vínculos diplomáticos entre dichos Estados y la OTAN con la intención de crear una nueva asociación.

Durante la Cumbre de Roma de 1991 se cambia la directiva político-militar de la OTAN, que pasa de ser del *Equilibrio Estratégico al Nuevo Concepto Estratégico*<sup>137</sup>, y partiendo de dicho esquema se diseña la idea de un foro político de diálogo y consultas,

---

<sup>134</sup> Vid. María Angustias CARACUEL RAYA, *Los cambios de la OTAN tras el fin de la Guerra Fría*, Tecnos, Madrid, 2ª edición, 2004, pp. 2-35.

<sup>135</sup> Vid. Fernando HERNÁNDEZ HOLGADO, *Historia de la OTAN: de la guerra fría al intervencionismo humanitario*, La Catarata, Madrid, 2000, pp. 2-45.

<sup>136</sup> Vid. María Angustias CARACUEL RAYA, *Los cambios de la OTAN tras el fin de la Guerra Fría*, *op.cit.*, pp. 45-47.

<sup>137</sup> Vid. *Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza*, Consejo del Atlántico Norte, Roma, 7 y 8 de noviembre de 1991 (Bruselas: OTAN), párrafo 12; Para Javier Ruiz, el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN abarcaba un campo de acción muy amplio en “las operaciones no artículo 5”. Vid. Javier RUIZ ARÉVALO, *Llegar - Manual de Transportes en operación de proyección*, publicatuslibros.com, Jaén, 2007, p. 221; y Fernando MARTÍNEZ RUEDA y Mikel URQUIJO GOITIA, *Materiales para la historia del mundo actual I*, Ediciones Akal, Madrid, 2006, p. 201.

el “Consejo de Cooperación del Atlántico Norte” (CCAN)<sup>138</sup>, para apoyar a los países de Europa Central y Oriental en sus reformas durante su transición a la democracia. Formalmente se incorporaron a él la mayoría de los países de Europa Central y Oriental y las tres repúblicas bálticas, y al año siguiente se integraron 11 nuevos Estados pertenecientes a la extinta Unión Soviética.

Retomando lo ya indicado, y como parte de esta nueva estrategia política, se plasma un nuevo concepto de seguridad colectiva por parte del Consejo del Atlántico Norte, la máxima autoridad de la Alianza Atlántica, que parte de una visión más amplia de la estabilidad y la seguridad europea en sus dimensiones política, militar, económica, social y medio ambiental con carácter global. De esta manera, se abandonaban los esquemas de Guerra Fría que durante más de cuatro décadas dominaron el fundamento ideológico de la OTAN.

Más tarde en 1992, tras la reunión celebrada en Oslo (Noruega), el Consejo del Atlántico Norte reforzó el compromiso de los Estados miembros de la Alianza Atlántica en apoyar el establecimiento de operaciones de mantenimiento de la paz promovidas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), una de las principales instituciones para el fomento de la estabilidad y la democracia en Europa.

Siguiendo con el análisis de transformaciones en el seno de la Alianza Atlántica, en 1994 se desarrolla la Conferencia de Bruselas, de la cual salieron tres acuerdos: aligerar la presencia de tropas estadounidenses estacionadas en Europa y reestructurar nuevamente la organización en su conjunto; impulsar el proceso hacia un sistema de seguridad colectiva bajo la nueva identidad militar exclusivamente europea en el seno de la OTAN; y consolidar el proceso de ampliación de la Alianza ante su creciente implicación en varios conflictos regionales, como la guerra de Bosnia-Herzegovina durante la desintegración de la ex Yugoslavia<sup>139</sup>, y en menor medida por la crisis política de las ex repúblicas soviéticas de Estonia, Letonia y Lituania, así como en Chechenia (Rusia).

---

<sup>138</sup> Vid. Vicente TORRIJOS R., *Asuntos estratégicos, seguridad y defensa*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 49-50; Servando DE LA TORRE y Rogelio PÉREZ BUSTAMANTE, *La organización de seguridad y cooperación en Europa*, editorial Dykinson, 2006, p. 93 y Vicenc FISAS ARMENGOL, *El desafío de Naciones Unidas ante el mundo en crisis: la reforma de las Naciones Unidas y el futuro de los “cascos azules”*, Icaria editorial, Barcelona, 1994, p. 177.

<sup>139</sup> Vid. José GIRÓN y Slodoban PAJOVIC (eds), *Los nuevos Estados de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1999, pp. 10-320.

A ellos también se sumaron los conflictos en Rumania, Turquía, y entre Rusia y Ucrania por el control del armamento nuclear en la región del Mar Negro<sup>140</sup>. En dicha reunión se estableció la directiva estratégica “Asociación para la Paz “(APP)<sup>141</sup>, con la que se acordaba mantener la estabilidad de Europa, y se diseñaron las directivas para intervenir en el conflicto de los Balcanes. Junto a todo esto, empezaron a funcionar dos grandes líneas estratégicas para dichos fines: el Estudio a Largo Plazo (LTS) y el Concepto de Agrupaciones de Fuerzas Conjunto-Combinadas (CJTF), las cuales serían retomadas por la OTAN en el diseño de sus estrategias militares en la región.

El resultado sería la consolidación de la Alianza Atlántica como la gran organización de seguridad en Europa, al incorporar a todos los países del CCAN y a otros pertenecientes a la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), con voluntad y capacidad para contribuir al desarrollo del proyecto<sup>142</sup>.

En cuanto al proceso de crear un sistema de seguridad colectiva con una identidad militar exclusivamente europea, éste fue asumido relativamente por la Unión Europea Occidental (UEO), una organización europea de defensa creada en 1954<sup>143</sup>, con cierta autonomía militar pero con limitadas instalaciones para tan ambicioso proyecto, pues sólo contaba con ciertos sistemas de seguimiento de satélites, centros de estudios estratégicos y estructuras de mando simbólicas<sup>144</sup>.

En este sentido, la OTAN ha sido testigo de toda una serie de intentos de crear organizaciones militares independientes de sus propias estructuras, dirigidos a establecer un sistema de seguridad colectiva exclusivamente europea; entre los más

---

<sup>140</sup> Vid. Félix ARTEAGA, *La Identidad Europea de Seguridad y Defensa: El Pilar Estratégico de la Unión*, Política Exterior, Madrid, 1999.

<sup>141</sup> La Asociación para la Paz fue establecida en 1994 como órgano dedicado a impulsar la cooperación bilateral en el interior de la OTAN. Vid. Joaquín MUNS, *Lecturas de integración económica: la Unión Europea*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2005, p. 506.

<sup>142</sup> La Asociación para la Paz sería un sistema a la carta donde la Alianza Atlántica, bilateralmente con cada uno de los socios, le ofertaba un catálogo de actividades, y los asociados seleccionaban aquellas que resultaban de su interés. Esto permitió a la mayoría de países europeos modernizar y actualizar su sistema de planeamiento de defensa militar, avanzar en las reformas de seguridad, y mejorar la interoperabilidad entre los Estados socios. Vid. Fernando HERNÁNDEZ HOLGADO, *op. cit.*, pp. 14-20.

<sup>143</sup> Vid. Rafael ARACIL, Joan OLIVER y Antoni SEGURA, *El mundo actual: de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 1998, p. 188.

<sup>144</sup> Vid. Lorenzo COTINO HUESO, *El modelo constitucional de fuerzas armadas*, INAP, Valencia, 2002, p. 209; y Joaquín ROY, *Las relaciones exteriores de la Unión Europea*, Plaza y Valdés-UNAM, México, 2001, p. 131.



## Capítulo II

significativos se encuentran el pacto bilateral para la formación del cuerpo de ejército franco-alemán, establecido a principios de los años noventa.

De conformidad con los esquemas de la jerarquía hegemónica, si bien los Estados más poderosos controlan sus respectivas esferas de influencia, también los Estados que ocupan un lugar menos importante ordenan sus relaciones con Estados más débiles que ellos según los mismos principios que impone dicha estructura de la hegemonía jerárquica.

De esta manera se puede justificar la creación en 1995 del llamado *Euroejército del Sur*<sup>145</sup>, formado por Francia, Italia, España y Portugal, y cuyo propósito consistía en integrar una fuerza terrestre de acción rápida y otra marítima, claramente dirigidas a controlar el Mediterráneo y el Magreb, conduciendo con ello a una franca competencia por el Flanco Sur entre dichos Estados y la Alianza Atlántica.

Por otro lado, en 1996 se constituyó el *Eurocuerpo*, con Alemania, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo, y a pesar de que nunca ha tenido una significativa relevancia militar, siempre ha mantenido abierta una especie de caja de reclutamiento para que cualquier Estado europeo se pueda adherir a sus estructuras y proyectos.

Poco después se vuelve a relanzar a través de la Unión Europea Occidental (UEO) la formación de un aparato militar exclusivamente europeo, llegándose a un acuerdo con la OTAN mediante el cual se establecía el principio de que serían fuerzas separadas aunque no separables, y que la conducción de las operaciones militares se llevaría a cabo con mandos de doble institución (OTAN y UEO).

Sin embargo, este proyecto quedaría inoperante como todos los que habían intentado ser canalizados a través de la UEO, pues la política hegemónica estadounidense dentro de la Alianza Atlántica hacía imposible tales iniciativas. Aún más, frente a estos movimientos orientados hacia la creación de un sistema de seguridad colectiva exclusiva europea, Estados Unidos se propuso reforzar continuamente su poder en la Alianza; esto se vio reflejado tras la Cumbre de Madrid celebrada en 1997, cuando los acuerdos propuestos por los Estados europeos para establecer diversas reformas en las estructuras de mando

---

<sup>145</sup> Vid. José GIRÓN, Slobodan PAJOVIC y Mohamed Ali ALÍSALEM, *El Mediterráneo a fines del siglo XX*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998, pp. 346-347.

y un funcionamiento más participativo y equitativo fueron inmediatamente rechazados por Washington<sup>146</sup>.

En su lugar, el Estado hegemónico representado por Estados Unidos controló de forma exclusiva el Organismo de iniciativas estratégicas, el Programa de nuevas incorporaciones, e iba a determinar las zonas críticas a las que había que prestar una vigilancia especial; zonas que, naturalmente, tenían mucho que ver con los escenarios de fricción y de rivalidad sostenida con algunos de sus aliados, como Alemania y Francia.

Bajo dicho contexto, se propuso redefinir la Nueva Carta Atlántica de Europa bajo un nuevo concepto estratégico, dirigido no ya a proteger sólo la seguridad y estabilidad de Europa occidental y Norteamérica sino de las regiones vecinas como el Mar Báltico, el Mar Negro y el Mar Caspio. Otros factores a tener en cuenta fueron el análisis del avance de la democracia en los países de Europa Oriental desde el término de la confrontación Este-Oeste, así como el progreso alcanzado en la conversión de una economía de Estado a una economía de mercado, y la creación de un ambiente favorable en el interior de las instituciones comerciales de dichos países para abrirse al comercio internacional y las inversiones extranjeras, junto a su compromiso con la paz en la región.

Como es sabido, todos ellos son requisitos indispensables para poder adherirse a la OTAN; en este sentido, algunos autores justifican la reconversión de la OTAN tras el fin de la Guerra Fría, argumentando que es una garantía para la seguridad y defensa de los Estados europeos a inicios del siglo XXI<sup>147</sup>.

Por otra parte, a partir de la segunda mitad de los años noventa, los países miembros del CCAN y los de la APP decidieron reforzar la cooperación política y militar, y se estableció el Consejo de Asociación Euro-Atlántica (EAPC) en 1997, sustituyendo al

---

<sup>146</sup> Vid. Alejandro DEL VALLE GALVÉZ (ed.), *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Escuela Diplomática-Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 3-25.

<sup>147</sup> Véase por ejemplo Alfredo TORREALBA, *La OTAN hacia el siglo XXI*, Mérida, 2006, pp. 5-43.

CCAN. En ese momento los miembros del EAPC eran 46 países (19 aliados y 27 socios)<sup>148</sup>.

No obstante, a las puertas de la reunión de Washington del Consejo del Atlántico Norte en abril de 1999, el poder hegemónico estadounidense se asumía como absoluto. En esa época lo confirmaría la agresión militar a Serbia por la cuestión de Kosovo, durante el proceso de desintegración de la ex Yugoslavia. Allí, Estados Unidos tomó en sus manos el peso mayor de las operaciones militares, dejando claro que no estaba dispuesto a que el creciente poder militar alemán se metiera en sus áreas de influencia, colocándole un tapón militar que le dificultara el acceso hacia Rusia, el Cáucaso y la zona euroasiática<sup>149</sup>. Por otro lado, el poderío estadounidense quería demostrar a todos los miembros de la Alianza Atlántica quién llevaba la iniciativa o, lo que es lo mismo, que no estaba dispuesto a que el escenario europeo se convirtiera gradualmente en un feudo o condominio alemán.

Ahora bien, la novedad más importante de la Cumbre de Washington de 1999 fue la aprobación del Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza<sup>150</sup>, que expresó su compromiso común de defender a los ciudadanos, el territorio que habitan y la libertad, basándose en la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho, para conseguirlo en las puertas del nuevo siglo, caracterizado por la aparición de nuevos y complejos riesgos para la paz y estabilidad euro-atlántica, incluyendo la opresión, los conflictos étnicos, o las dificultades económicas, comerciales y financieras, así como la proliferación de las armas de destrucción masiva.

En cuanto al sistema de seguridad colectiva de la OTAN, la declaración de Washington introduce un nuevo esquema de defensa común, pero con alcance global<sup>151</sup>. Por otra

---

<sup>148</sup> En noviembre de 2006 se adhirieron Serbia y Bosnia-Herzegovina y Montenegro, con lo que el número total de miembros del EAPC sumó 49 Estados, 26 aliados más 23 socios. Vid. M.A. CARACUEL RAYA, *op.cit.*, pp. 7-18. Véase también Robert F. SIMMONS, “Diez años del Consejo de Asociación Euroatlántico: una reflexión personal”, *Revista de la OTAN*, verano de 2007, en [www.nato.int/docu/review/2007/issue2/spanish/art5.html](http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/spanish/art5.html)

<sup>149</sup> Antes de iniciar los ataques a Serbia en marzo de 1999, la OTAN aprueba la adhesión de Hungría, la República Checa y Polonia, ésta última considerada como estratégica para las ambiciones expansionistas de Alemania en Europa, recordando el inicio de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>150</sup> Vid. *Concepto Estratégico de la Alianza*, aprobado por los jefes de Estado y de gobierno que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte en Washington, 23 y 24 de abril de 1999, comunicado de prensa NAC-S (99) 65 (Bruselas-OTAN), párr.24.

<sup>151</sup> El Concepto Estratégico de 1999 apuntaba que los intereses de seguridad de la Alianza podían verse afectados por otros riesgos de naturaleza más amplia, incluidos los actos de terrorismo, sabotaje y delincuencia organizada, y por la interrupción del flujo de recursos vitales. Consideraba que los grandes

parte, con relación a la jurisdicción de la organización regional, se puede recordar que en el Tratado de 1949 se establecía en el artículo 6 que la OTAN respondería a un ataque a Europa Occidental y América del Norte, las islas bajo jurisdicción de una de las partes en la región del Atlántico Norte, al norte del Trópico de Cáncer o contra buques o aeronaves de una de las partes en la zona<sup>152</sup>. Pues bien, en el nuevo concepto de seguridad colectiva, el Estado, a través de la OTAN, no sólo garantiza la defensa de sus miembros sino que contribuye a la paz y estabilidad de la región euro-atlántica.

En el artículo 53 del Tratado del Atlántico Norte se expresa que la distribución geográfica de fuerzas en tiempos de paz garantizará una presencia militar suficiente en todo el territorio de la Alianza, incluido el estacionamiento y despliegue de fuerzas fuera del territorio nacional y aguas territoriales de sus Estados miembros, junto al despliegue avanzado de fuerzas cuando y donde resulte necesario.

En el Concepto Estratégico de la OTAN adoptado en 1999, los países limítrofes a su jurisdicción podían plantear problemas de seguridad y estabilidad en la región<sup>153</sup>. Así, desde el punto de vista estratégico, la OTAN ya no sólo defiende a sus Estados miembros, sino también a los países de la región euro-atlántica, y puede intervenir en la periferia de la Alianza si existe alguna causa de las enunciadas en los temas de la agenda atlántica<sup>154</sup>.

La jurisdicción de la OTAN, de acuerdo a lo expresado, ya no tiene límites concretos de intervención y actuación en el territorio europeo. Sobre lo anterior, cabe señalar que la cumbre del cincuentenario únicamente reafirmaba su nueva concepción de seguridad colectiva, al haber intervenido militarmente contra Serbia entre marzo y junio de 1999

---

movimientos incontrolados de población, particularmente como consecuencia de los conflictos armados, representaban problemas de seguridad y estabilidad que afectaban a los intereses de la Alianza. Este nuevo panorama internacional llevaría a la Alianza a reforzar el artículo 4 del Tratado para dar respuesta a riesgos de este tipo. Vid. Harold MÜLLER, en *Revista Deutschland*, abril-mayo de 1999, pp. 5-10.

<sup>152</sup> Vid. M. DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 14ª edición, 2005, pp. 5-24.

<sup>153</sup> Así se actuaría de conformidad con el artículo 4 de la Carta Atlántica relativo a las Consultas, que dice: “Las Partes se consultarán cada vez que, según una de ellas, la integridad territorial, la independencia política o su seguridad estén amenazadas”.

<sup>154</sup> A estos efectos, habría que tener en cuenta consideraciones regionales y, en particular, geoestratégicas, ya que las inestabilidades de la periferia de la OTAN podrían dar lugar a crisis o conflictos que requieran una respuesta militar por parte de la Alianza, con un tiempo de alerta potencialmente breve. Vid. AA.VV., *La OTAN en su medio siglo. Una visión española*, Asociación Atlántica Española (AAE), Madrid, 1999.

sin previa autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, único órgano facultado para autorizar el uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales.

Paralelamente a todo lo anterior, y bajo la nueva concepción de seguridad colectiva aprobada por la Cumbre de Washington de 1999, se reforzaron las relaciones entre la OTAN y la OSCE, y asimismo se estableció que la Unión Europea debía tener capacidad de decisión autónoma y asumir responsabilidades en materia de prevención de conflictos y gestión de crisis, cuando la OTAN como tal no estuviera involucrada<sup>155</sup>. Por otra parte, se acordaron los principios que debían regir la cooperación con miembros europeos de la OTAN no pertenecientes a la Unión Europea y con otros Estados europeos asociados en operaciones militares dirigidas por la Unión Europea<sup>156</sup>.

Entre las decisiones más importantes de esa especie de Estado hegemónico representado por la Unión Europea en materia de seguridad colectiva se encuentra el establecimiento de un espacio para la seguridad común europea -Política Europea de Seguridad y de Defensa (PESD), instituida por el Tratado de Amsterdam de 1997 y sustituida desde el Tratado de Lisboa de 2007 por la Política de Seguridad y de Defensa Común (PSDC)-, con el objetivo de garantizar en su totalidad la defensa europea. Con la adopción del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN en 1999, la Unión Europea trató de implementar un equilibrio de fuerzas entre los dos modelos de seguridad OTAN-PESD que incluyera, por ejemplo, el reforzamiento de las capacidades de reacción rápida de las fuerzas multinacionales europeas existentes, el aumento del número de tropas a ser desplegadas con rapidez, y el incremento de la capacidad estratégica de transporte y evacuación marítima de tropas<sup>157</sup>.

Por otro lado, si la Unión Europea pretendía asumir una autonomía militar (frente a la Alianza Atlántica), su proyecto de retomar el proceso hacia una identidad militar exclusivamente europea tendría que estar forzosamente subordinado a los esquemas de

---

<sup>155</sup> A partir del Tratado de la Unión Europea, ésta puede comenzar y conducir operaciones militares conocidas como “Misiones Petersberg”. El diseño de estas nuevas misiones Petersberg se fundamentaba en mejorar las capacidades de la OTAN orientadas al fomento del nuevo concepto de seguridad colectiva y la estrategia del continente europeo. Así, se pretendía desarrollar una capacidad militar europea más eficaz a partir de las capacidades nacionales, binacionales y multinacionales.

<sup>156</sup> Vid. *Informe de Situación de la Presidencia al Consejo Europeo de Helsinki sobre el refuerzo de la Política Europea Común de Seguridad y Defensa*, Unión Europea, diciembre de 1999.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

seguridad y defensa de la OTAN, originándose de esta manera un punto controversial en la toma de decisiones estratégicas en la seguridad europea.

Ahora bien, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 abrieron la posibilidad de un nuevo espacio de renovación política y militar para el Estado hegemónico como monopolizador del uso de la fuerza en un nivel regional. En la OTAN, con el liderazgo indiscutible de Estados Unidos, dio comienzo dicho proceso reforzando, al mismo tiempo, la reforma sobre cuestiones de seguridad estratégica y militar. Dicha reestructuración giraba con mayor énfasis en torno al proyecto hegemónico de la OTAN de extender sus actividades operacionales más allá de los límites oficiales del área territorial de la organización militar, a regiones como el Oriente Medio o el Mar Negro, pasando por el Mar Caspio. Ello significó, al mismo tiempo, un reto para la OTAN, representado en la búsqueda de un nuevo consenso de propósito estratégico capaz de responder al nuevo equilibrio entre Europa y Estados Unidos.

De hecho, el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 activó el Artículo 5 de la Carta Atlántica por primera vez en su historia, pero hubo que esperar la decisión de Washington para intervenir en Afganistán, iniciándose así los “conflictos de cuarta generación” o “guerras asimétricas”<sup>158</sup>. La participación de la OTAN a través de la ISAF (International Security Assistance Force) comenzó su labor en diciembre de 2001. En la resolución 1510 (13 de octubre de 2003) del Consejo de Seguridad se autorizó la expansión del ISAF más allá de Kabul. En esa coyuntura histórica, las Naciones Unidas pusieron en práctica de nuevo su reconocimiento a la OTAN como un organismo regional del Capítulo VIII de la Carta, con capacidad para desempeñar responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tal y

---

<sup>158</sup> Es necesario distinguir el concepto de asimetría del de disimetría; ésta es la diferencia cuantitativa entre las fuerzas o entre el poder de los beligerantes: Un Estado frente a un Estado débil, en este caso, Estados Unidos-Irak, o Estados Unidos-Afganistán. Por su parte, la asimetría subraya la diferencia cualitativa en los medios empleados, en el estilo y en los valores de los nuevos enemigos, es decir, cuando una potencia como Estados Unidos reafirma su hegemonía sobre el funcionamiento del mundo y sobre la guerra convencional, sus enemigos y sus víctimas recurren a medios de lucha no convencionales y asimétricos para combatirla, esquivando su fuerza y concentrando sus ataques en los puntos vulnerables. El nuevo enemigo no lucha lealmente, sino que utiliza en el marco de una estrategia resultante vinculada al mundo globalizado todos los medios modernos de comunicación, de transporte, de información, el terror psicológico, y principalmente internet, como parte de su arsenal. Lejos de las armas convencionales y perfeccionadas, utiliza cuchillos, barcos o aviones que ya se comprobó constituyen amenazas eficaces. Esto lo hace más difícil de detectar y de prevenir. Así el nuevo enemigo no tiene domicilio fijo y su red es dispersa, el mundo es su domicilio y campo de operaciones. Vid. Marwan BISHARA, “Una Estrategia Coherente, El nuevo rostro del mundo”, Editorial Aun creemos en los sueños, selección de artículos de *Le Monde Diplomatique*, Santiago de Chile, 2002, pp. 4-80.

como lo habíamos dicho antes, durante la guerra en la antigua Yugoslavia por medio de su resolución 816 (31 de marzo de 1993).

Dentro de este escenario, se celebró en noviembre de 2002 la “Cumbre de la Transformación” en Praga (República Checa). En este foro euroatlántico se reafirmó que las nuevas amenazas asumían el carácter global y que el enemigo actuaba desde cualquier parte del mundo. De esta forma, se comenzó a considerar que la amenaza se encontraba dentro y fuera de la Organización pues los enemigos son multinacionales (terrorismo islámico), como en el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, el 11 de marzo de 2004 en Madrid y el 7 de julio de 2005 en Londres.

Por ello, la alianza euro atlántica señala la necesidad de adaptar la OTAN a este nuevo y complejo panorama internacional, e invita a una nueva definición del marco geográfico de la Alianza basado en los principios de la seguridad y la democracia. Es así como el Secretario General de la OTAN invita a Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Letonia y Lituania a adherirse, lo cual sucede formalmente en marzo de 2004. Los proyectos de ampliación se dirigen asimismo hacia el Cáucaso Meridional (Ucrania y Georgia).

Siguiendo con la transformación de la OTAN, ante las nuevas amenazas se perfecciona el proyecto de las fuerzas de despliegue rápido, a las cuales se les asigna una amplia gama de misiones. De acuerdo con el nuevo Concepto Estratégico, la OTAN ahora tiene una “doble expansión”: una de ellas consiste en actuar como fuerza para prevenir conflictos y mantener la paz, y la otra enfrentarse a toda una variedad de amenazas (narcotráfico, terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva), sin faltar la labor humanitaria en caso de desastres naturales<sup>159</sup>.

Esta situación abre jurídicamente un espacio no contemplado en las relaciones ONU-OTAN, que, como ya habíamos mencionado en otros momentos de la investigación, desde la época de la Guerra Fría ya mostraba ciertas incongruencias, pero que, debido a la paralización del artículo 5 de la Carta Atlántica en dicho período, no había sido objeto de discusiones en profundidad entre ambas instituciones. En este sentido, Antonio

---

<sup>159</sup> Antonio SÁNCHEZ PEREYRA, *Geopolítica de la expansión de la OTAN*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM-editorial Plaza y Valdés, México, 2003, pp. 273-274.

Fernández Tomás señalaba lo siguiente: “El problema es que, rebasados sus límites iniciales, la OTAN tiende a autoconsiderarse el nuevo sistema de seguridad global de la comunidad internacional, aunque la generalidad de las naciones no se lo haya pedido. Desde una perspectiva estructural, ello plantea un problema de solapamiento de funciones entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Consejo del Atlántico Norte...Dicho de otro modo, los aliados dieron en ella el paso que nunca se han atrevido a impulsar en la ONU: la constitución de una suerte de Comité de Estado Mayor”<sup>160</sup>.

La posición de la OTAN ante la ONU es que, si bien acepta retóricamente la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, reclama para sí toda la centralidad y excluye cualquier subordinación ante dicho órgano, lo que rebasa los ámbitos del esquema de seguridad colectiva de la Carta de 1945. Esto conduce, al mismo tiempo, a una necesaria revisión de Capítulo VIII de la Carta, donde Naciones Unidas reconoce *de jure* a la OTAN como organización “apta para asumir y cumplir responsabilidades en el marco del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”. De hecho, desde el fin de la Guerra Fría, ésta es la agenda principal en las relaciones ONU-OTAN.

En cuanto al esquema de seguridad colectiva de la OTAN de conformidad con el Nuevo Concepto Estratégico (1999), la Alianza se basa en el sistema de rotaciones por Estados que asumen el liderazgo de las fuerzas multinacionales por un breve tiempo; esto implica que todos los Estados miembros tienen que participar en las misiones.

La OTAN tiene carácter multifuncional, es decir está integrada por elementos terrestres, aéreos, marítimos, y uno dedicado contra las armas químicas y bacteriológicas. Por otro lado, trata de compartir y complementar responsabilidades con otros órganos militares europeos importantes, como los *Battle Group* de la Unión Europea<sup>161</sup>. No obstante estas importantes transformaciones en la OTAN, en la Cumbre de Riga (Letonia) de 2006, se hizo evidente la necesidad de crear una nueva visión común sobre cómo afrontar las

---

<sup>160</sup> Antonio Francisco FERNÁNDEZ TOMÁS, “El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington, mucho ruido y pocas nueces”, *REDI*, vol. LIII, n° 1 y 2, 2001, pp-216-224.

<sup>161</sup> En 2002 el Secretario de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld, presentó la propuesta para perfeccionar este proyecto que se hizo realidad en la cumbre de Praga. Vid. OTAN, “Nato Response Force. Extended Reach. Expeditionary Capability”, *NATO Briefing*, septiembre de 2006, p. 2.



realidades que conforman el entorno estratégico: Estados Unidos y Europa, sobre todo luego de la guerra contra Irak de 2003, que originó una crisis en el seno del diálogo euro-atlántico<sup>162</sup>.

Dentro de este contexto de fragmentación sobre la construcción del nuevo orden mundial, se analizaron en la mencionada cumbre el paulatino desarrollo de un espacio propio de inteligencia para la OTAN y la voluntad de seguir aceptando nuevos miembros, entre ellos, Georgia y Moldavia<sup>163</sup>.

En este sentido, es importante rescatar que en Europa cada vez surgen diferentes puntos de vista con respecto a la seguridad, entre los cuales se pueden mencionar la posición atlantista (con base en la OTAN y considerando a Rusia), mientras otro considera el sistema desde Portugal a Polonia; el tercero es una visión occidental con base en los países de la Unión Europea y Estados Unidos, y por último se encuentra la visión paneuropea con fundamento en la OSCE, incluyendo a Estados Unidos, Rusia y otros países centroeuropeos. Cada uno ve distintas bases para la seguridad, sobresaliendo la seguridad colectiva (todos contra el Estado agresor, la seguridad común, basada en el desarme y la confianza mutua, o la seguridad comprehensiva y multidimensional)<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Los patrones del unilateralismo estadounidense y del multilateralismo europeo dialogan en primera instancia más sobre temas de seguridad y política exterior antes que por preocupaciones ambientales y humanitarias. Vid. Francis FUKUYAMA, "La grieta entre Estados Unidos y sus aliados", en *Perspectiva*, CIPE, México, octubre de 2002, p. 22.

<sup>163</sup> La Cumbre de Riga representó la consolidación del esquema de seguridad al aprobar el documento titulado "Comprehensive Political Guidance", como marco y guía jurídica para la continua transformación de la OTAN en los siguientes años, y el cual es considerado como fundamental para la Alianza Atlántica. Ahí se señalan los principales problemas que amenazan la estabilidad mundial, como el terrorismo, las armas de destrucción masiva, los Estados fallidos, la alta tecnología y el riesgo de utilizarla con fines negativos, y las crisis regionales. Además se vinculan los conceptos de paz, seguridad y desarrollo, cuya combinación es la clave para la estabilidad. Otro apartado es el de las "implicaciones para la Alianza". Se cita el concepto estratégico de Washington como punto principal guía del comportamiento jurídico de la OTAN, al incorporar amenazas tradicionales y no tradicionales, por lo que se sigue reforzando el sistema de seguridad colectiva conforme al artículo 5 de la Carta Atlántica, manteniéndolo como el fundamento de la Alianza, y se configura como una herramienta para encarar las amenazas asimétricas, no obstante la complejidad de dicho contexto post 11-S. También se subraya la necesidad de adaptar el artículo 4 de la Carta atlántica a la prevención de conflictos en Europa. En este sentido, la Alianza asume el compromiso de impulsar misiones tanto para la consolidación de la paz como de ayuda humanitaria. "Guías para las Capacidades de la Alianza" es un apartado fundamental donde se señala la flexibilidad de la organización militar en las relaciones con otras organizaciones regionales europeas y con los Estados miembros en su cumplimiento de las obligaciones marcadas por el Tratado, para evitar así enfrentamientos entre los Estados miembros y los mecanismos de gestión para regular los mecanismos seguidos por el Consejo de la OTAN. Durante la citada Cumbre de 2006 también se firma el acuerdo Active Layered Theatre Missile Defence (ALTBMD), que es un sistema de defensa antimisiles. Vid. **NATO update**, [www.nato.int/doc/undate/2006/11november/e/1286.htm](http://www.nato.int/doc/undate/2006/11november/e/1286.htm).

<sup>164</sup> Vid. Esther BARBÉ, *La seguridad en la nueva Europa*, La Catarata, Madrid, 1995, pp. 240-250.

Otro aspecto fundamental para la promoción de la seguridad colectiva hegemónica estadounidense establecida en Riga fue trabajar conjuntamente con los Estados llamados *Global Partners*: Israel, Australia, Nueva Zelanda, Japón y Corea del Sur, considerados así por su alianza incondicional con la OTAN, e integrarlos posiblemente en la estructura organizativa, también como parte de las necesidades y los desafíos de la Globalización<sup>165</sup>. El proyecto estadounidense es de carácter general y consiste en dotarse de capacidades militares que puedan ser desplegadas con rapidez en materia de mando y control, inteligencia y transporte estratégico, mediante esfuerzos voluntarios coordinados a escala nacional y multinacional.

La construcción de *Global Partners* también se encuentra fuertemente vinculada con el proyecto “Gran Asia Central” que la Administración Bush creó en su segundo mandato para el Cáucaso y Asia Central. Se trata de recuperar la posición de Estados Unidos entre los Estados de dicha región que se encontraban bajo la dominación soviética<sup>166</sup>. Desde la época de la Guerra Fría la zona comenzaba a adquirir importancia desde varios puntos de vista, tanto geoestratégico como político y económico, y tiempo después, como un frente de operaciones en la Guerra Global al Terror tras el 11-S, al mismo tiempo que se descubrían importantes fuentes energéticas alternativas.

De ese modo, esta inmensa área geográfica se convierte en objeto de la política estratégica de Estados Unidos<sup>167</sup>, con la implicación directa de la OTAN (como representan sus intervenciones en Pakistán y Afganistán) y el imperativo de establecer una nueva estrategia transatlántica para la zona<sup>168</sup>.

Esta es una visión geopolítica que se mantenía en todos los documentos estratégicos estadounidenses desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, y que había trascendido públicamente en las estrategias de seguridad nacional desde el gobierno de Ronald Reagan hasta la actualidad. Así, Estados Unidos tomará durante los años noventa la decisión de acabar con el monopolio del control ruso sobre la energía en el

---

<sup>165</sup> Vid. Alberto PRIEGO, “La OTAN tras la cumbre de Riga: La puerta sigue abierta”, *UNISCI. Discussion Papers*, número 13, enero de 2007, pp. 71-89.

<sup>166</sup> Vid. Glnur AYBET, Rebecca R. MOORE y Lawrence FREEDMAN, *NATO in search of a vision*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2010, pp. 230-232.

<sup>167</sup> Tras los atentados del 11-S se introduce el concepto de Guerra Red en la OTAN. Véase Fernando MARTÍNEZ RUEDA y Mikel URQUIJO GOITIA, *Materiales para la historia del mundo actual*, Istmo, Madrid, 2006, pp. 200-210.

<sup>168</sup> Vid. David GARCÍA CANTALAPIEDRA, “EU, la OTAN y la necesidad de una nueva estrategia transatlántica en el Gran Asia Central”, *ARI*, número 31, 2008 en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal)

Transcáucaso y el Cáucaso<sup>169</sup>. Esta decisión respondía a dos propósitos: evitar cualquier intento de Rusia de volver a controlar las nuevas repúblicas de la zona, como Ucrania, Georgia, Kirguizistán, Tayikistán, Uzbekistán, Armenia, Azerbaijón y Moldavia (interés geoestratégico), y reconocer la importancia del acceso a ese petróleo, reclamado por las empresas estadounidenses (interés energético y económico).

Estados Unidos tenía un interés directo en diversificar y aumentar sus suministros energéticos en el ámbito mundial y en la promoción de un rápido desarrollo de las fuentes energéticas del Mar Caspio para reforzar la seguridad energética occidental. Para ello se concebía fundamental la independencia y estabilidad de las repúblicas centroasiáticas.

Esto produjo un giro hacia una política de cooperación en seguridad y defensa con estos nuevos Estados, incluyendo la ayuda militar, adiestramiento e intensificación de los ejercicios conjuntos a través del programa “Asociación para la Paz” de la OTAN, y con la creación de un organismo militar compuesto por Georgia, Ucrania, Uzbekistán, Azerbaijón y Moldavia.

Así, siguiendo el planteamiento estratégico, Washington ha ido desplegando una presencia estratégica y militar en toda el Asia Central, utilizando diferentes mecanismos desde el fin de la Guerra Fría, como la reestructuración del Plan de Mandos Unificado y las modificaciones en las áreas de responsabilidad del Mando Europeo de Estados Unidos (USEUCOM) y del Mando Central de dicho país (USCENTCOM).

Es así como podemos observar la racionalidad del Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN bajo el concepto de seguridad colectiva, y la creación de la llamada Área euroatlántica como área de responsabilidad y actuación para la Alianza, en función de las amenazas crecientes del terrorismo internacional, armas de destrucción masiva, los llamados Estados fallidos (ex Yugoslavia), y la inestabilidad en dicha zona euroatlántica. En este sentido se habían de entender las sucesivas ampliaciones de la Alianza y los programas de colaboración en el área, incluyendo la instalación de nuevas bases estadounidenses en Rumania, Bulgaria y Azerbaijón, o el refuerzo de la capacidad de proyección sobre la región.

---

<sup>169</sup> Vid. Zbigniew BRZEZINSKI, *El gran Tablero Mundial: la supremacía estadounidense y sus imperativos geoestratégicos*, Paidós Iberica, Barcelona, 1998, pp. 170-200.

Es indispensable señalar también que Estados Unidos ha diseñado su estrategia para la Gran Asia Central en tres postulados: cooperación en seguridad, intereses energéticos y comerciales, y reforma política y económica; para ello, entre sus principales propósitos se encuentran facilitar la integración del centro y sur de Asia, combatir el narcotráfico, e impulsar y favorecer los procesos democráticos.

En el primer caso se trata de incorporar a Ucrania y Georgia bajo la órbita de la OTAN que, como hemos señalado, es la prioridad inmediata. Algunas instituciones europeas, como la UE, también están desarrollando la Política Europea de Vecindad en el Cáucaso, y programas económicos propios en el caso de Serbia y Kosovo; la OSCE, por su parte, a través del Grupo Minsk se orienta a la resolución de conflictos.

Más allá de las fronteras del Cáucaso, el reto estadounidense dependerá en gran medida de la integración de Afganistán, Pakistán y la India como principales aliados de Estados Unidos a través de Organización para la Cooperación Económica para la Región del Asia Central y la Asociación para la Cooperación del Sur Asiático<sup>170</sup>.

En respuesta a la alianza Estados Unidos-Reino Unido por el control de los recursos energéticos mundiales, sus acciones han provocado una serie de reacciones complejas, desembocando en la creación de una coalición euroasiática con la finalidad de desafiar al eje anglosajón. Así, China y Rusia han unido sus fuerzas con la creación de la Organización de Cooperación de Shanghai (OCS), en pleno corazón de Eurasia<sup>171</sup>.

Los principales objetivos de la OCS son de carácter defensivo<sup>172</sup>. La carta de la OCS fue creada también, siguiendo la estrategia de la seguridad nacional occidental, con el

---

<sup>170</sup> Otro tema fundamental es la salida de fuentes energéticas como uno de los objetivos primordiales de la política estadounidense. Sin embargo, este objetivo es complejo: la capacidad de explotación y producción es limitada, y está dominada por Rusia. Además, gran parte de la infraestructura de oleoductos y gasoductos hacia el sur pasarían por Afganistán y Pakistán. Varios Estados de la zona no desean alejarse de Rusia, y están fortaleciendo su participación en otros foros regionales, también debido al apoyo estadounidense a las “revoluciones de colores”. Natividad FERNÁNDEZ SOLA, “La Unión Europea en el Cáucaso y Asia Central: las limitaciones de la política de vecindad”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, nº 43, 2007, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal)

<sup>171</sup> Vid. José Antonio ZORRILLA, *China, la primavera que llega*, Ediciones Gestión, Barcelona, 2000, pp. 145-146.

<sup>172</sup> Los objetivos de China y Rusia consisten en garantizar la continuidad de un “mundo multipolar”. En su libro *The Grand Chessboard, American Primacy and Its Geostrategic Imperatives* publicado en 1997, Brzezinski advertía en contra de “la creación o el surgimiento de una coalición euroasiática” que “pudiera finalmente tratar de desafiar la supremacía americana”. Brzezinski designaba esta potencial coalición euroasiática bajo la apelación de “alianza antihegemónica”, y pronosticaba que estaría conformada por una coalición chino-ruso-iraní, y que su columna central sería China. Se trata de la OCS y de varios gobiernos eurasiáticos vinculados a ella.

fin de luchar contra el terrorismo internacional, el separatismo y el extremismo. Las actividades terroristas, los movimientos separatistas y los movimientos extremistas de Rusia, China y Asia Central gozan todos del financiamiento, las armas y el apoyo clandestino de los gobiernos británico y estadounidense. Irán, India, Pakistán y Mongolia son miembros observadores de la OCS.

El estatuto de observador de Irán es cuestionable puesto que sus propósitos económicos son integrar y unir las economías euroasiáticas ante los ataques y las manipulaciones de la triada Estados Unidos-Reino Unido-Japón, que controla una parte importante de la economía global, y de ahí sus constantes amenazas sobre un posible ataque occidental ante el desarrollo de su programa nuclear, tema dominado por las Grandes Potencias. Dicho *status* tiene como objetivo ocultar la naturaleza de la cooperación trilateral entre Irán, Rusia y China, de manera que la OCS no pueda ser catalogada como organización militar antiestadounidense.

Rusia y China ya habían publicado una declaración en la que afirmaban que la instalación de un escudo internacional antimisiles y la violación del Tratado ABM sobre la limitación de los sistemas de misiles antimisiles por parte de Estados Unidos desestabilizarían y polarizarían el mundo<sup>173</sup>. En 1999 eran conscientes de lo que se estaba preparando y de la dirección tomada por Estados Unidos. En junio de 2002, menos de un año antes del desencadenamiento de la “guerra global contra el terrorismo”, George W. Bush anunció que Estados Unidos se retiraba de dicho tratado.

En julio de 2000, China y Rusia firmaron el “Tratado de Buena Vecindad, de Amistad y de Cooperación”<sup>174</sup>. Se trataba de un pacto formulado en términos moderados de defensa mutua frente a Estados Unidos, la OTAN y la alianza militar asiática, apoyada por Washington, que cerca a China.

---

<sup>173</sup> El proyecto “guerra de las galaxias”, es decir la militarización del espacio ultraterrestre era un ambicioso y complejo sistema de destrucción en vuelo de misiles enemigos, que forzó a Estados Unidos a defender una interpretación más amplia del Tratado sobre limitación de sistemas de misiles antibalísticos, Tratado ABM concertado con Moscú en 1972. La administración de George W. Bush lo cambió por el concepto por Defensa Nacional Antimisiles; por primera vez, el objetivo del programa apunta a Corea del Norte, Irán, Libia y anteriormente a Irak. Estados Unidos se retiró del Tratado ABM oficialmente el 13 de diciembre de 2002. Vid. M.J. CERVELL HORTAL, “La denuncia del Tratado ABM por Estados Unidos”, *REDI*, vol. LIV, número 1, 2002, p.510.

<sup>174</sup> Vid. Antonio SÁNCHEZ PEREYRA, *Geopolítica de la expansión de la OTAN*, op. cit, pp. 234-235.

El pacto militar de la Organización de Cooperación de Shanghai (OCS), reforzado con la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva (OTSC), está formulado de la misma forma. Conviene señalar también que el artículo 12 del Tratado Bilateral Chino-Ruso de 2001 estipula que China y Rusia colaborarán para mantener el equilibrio mundial, respetar “los acuerdos fundamentales relativos a la preservación y el mantenimiento de la estabilidad estratégica” y estimular “el proceso de desarme nuclear”. Al parecer se trata, en este caso, de una alusión a la amenaza nuclear que representa el poderío estadounidense; asimismo, ambos Estados rechazan la imposición hegemónica unipolar militar de Estados Unidos<sup>175</sup>. De hecho, tanto Estados Unidos como la Alianza ¿europea? se hallan inmersos en un largo proceso de revisión de sus posturas sobre su zona de alcance, tema de debate en las próximas reuniones de la OTAN, y consecuentemente en el diálogo ONU-OTAN marcado por las actuaciones *ultra vires* de la organización militar atlántica en el marco del Derecho internacional<sup>176</sup>.

Poco después, en Portugal el 19 de noviembre de 2010, la OTAN actualizó su Concepto Estratégico, el cual introduce cuestiones como el alcance global o regional de la OTAN; el artículo 5 del Tratado de Washington y sus diferentes interpretaciones, el papel de la ONU en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la cooperación con Rusia, la actuación de la OTAN dentro de un enfoque integral, los límites a la adhesión de nuevos miembros y el área de operaciones de la OTAN<sup>177</sup>.

## **II.B. El papel del Estado hegemónico en la Organización de Estados Americanos (OEA)**

Del otro lado del Atlántico, el Estado hegemónico estadounidense comenzó también un proceso de transformaciones en la OEA para tratar de reactivar el papel del Estado y el uso de la fuerza armada<sup>178</sup>. Esta reestructuración tuvo como fondo el análisis del papel de Estados Unidos en la seguridad militar del Continente, lo que había llevado a paralizar casi completamente el accionar de esta Organización. Fueron los atentados del

---

<sup>175</sup> Vid. Mahdi DARIUS NAZEMROAYA, “The Sino-Russian Alliance: Challenging American Ambitions in Eurasia”, Center for Research on Globalization, [www.globalresearch.ca](http://www.globalresearch.ca), febrero 2008.

<sup>176</sup> Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, “Unilateralismo y Multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea”, nº15, junio 2008, disponible en [www.reei.org/reei%2015/DanielSan.pdf](http://www.reei.org/reei%2015/DanielSan.pdf)

<sup>177</sup> Vid. Félix ARTEAGA, “El nuevo concepto estratégico de la OTAN: lógica y estructura”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, ARI, No. 2/2010.

<sup>178</sup> Vid. César GAVIRIA, *La OEA 1994/2004, una década de transformaciones*, OEA, 2004, pp. 110-151.

11 de septiembre los que cuestionaron la función del Estado y el uso de la fuerza armada en América<sup>179</sup>.

Al finalizar la Guerra Fría, Estados Unidos consideró oportuno celebrar una cumbre hemisférica para reestructurar el papel del Estado en el ámbito de la seguridad militar a través de los principios y reglas vigentes en la Organización desde su creación en 1948. Fue así como en la cumbre de las Américas de 1990 se resolvió que la OEA adquiriera nuevas responsabilidades en el nivel hemisférico<sup>180</sup>, no obstante su limitada capacidad de acción por causa de los designios de las principales potencias del continente<sup>181</sup>.

De esta manera, las concepciones sobre seguridad hemisférica durante la posguerra fría se ampliaron al igual que en la Alianza Atlántica. Con dicho propósito se creó la Comisión de la Seguridad Hemisférica del Consejo Permanente de la OEA, un foro especializado en el intercambio de ideas hacia la construcción de consensos sobre aspectos relacionados con la materia, considerando que los conflictos en la región son tanto de orden interno como de orden transnacional, a pesar de la persistencia de algunas diferencias limítrofes en ciertos países americanos.

El nuevo pensamiento estratégico sobre seguridad hemisférica se enfocaba ahora a cuestiones como el tráfico de armas, explotación ilícita de recursos naturales, terrorismo internacional o tráfico de armamentos; acerca de éste último se firma la Convención Interamericana sobre la transparencia en la adquisición de armamento de alta tecnología, para fortalecer el papel de la OEA en materia de seguridad ciudadana, la reducción de la violencia y el control de la vida.

Asimismo, durante las conferencias especializadas en terrorismo, convocadas en Mar de Plata (Argentina) en 1998, se recomienda la creación del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), siendo la cooperación internacional la variable estratégica para dicho fin. En 1999, la XXIX Asamblea General de la OEA llevada a cabo en Guatemala aprueba los Estatutos del Comité, comenzando su trabajo poco después. No obstante los

---

<sup>179</sup> La creación de un perímetro de seguridad en América del Norte fue la propuesta principal de Estados Unidos después del 11-S. Vid. Carlos MARTINEZ BECERRA, *Integración regional, fronteras y globalización*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 158-159.

<sup>180</sup> Vid. Jesús Raúl NAVARRO GARCÍA, *Sistemas políticos y procesos de integración económica en América Latina*, Escuela de estudios hispano-americanos de Sevilla, Sevilla, 2000, pp.103-105.

<sup>181</sup> Vid. Verónica MILET, "El rol de la OEA, el difícil camino de la prevención de conflictos a nivel regional", *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, vol. 3, número 10, 2005, pp.1-4.

cambios ideológicos y jurídicos introducidos en el sistema interamericano de la OEA, el sistema de seguridad colectiva y de defensa militar no se modifican ni se considera hacerlo en ese momento coyuntural de la posguerra fría. Esto permitió que se mantuviera vigente el artículo 3, párrafo 1, del TIAR donde, como habíamos mencionado, se establece que un ataque armado contra un Estado Americano es considerado como un ataque a todos los Estados Americanos y, consecuentemente, las partes contratantes se obligan a asistirse en el ejercicio del derecho de legítima defensa colectiva contenido en el artículo 51 de la Carta de la ONU<sup>182</sup>. En la posguerra fría se reafirman los principios en los que se funda la OEA desde 1948.

Para ello se aprobó seguir con el apoyo y fortalecimiento de la democracia y la seguridad hemisférica<sup>183</sup>. Para hacer frente a dichas amenazas a la seguridad y gobernabilidad democrática desde el fin de la confrontación Este-Oeste, se habían aprobado dentro de la OEA varios mecanismos *ad hoc*: la resolución 1080 de la Asamblea General<sup>184</sup> y el Protocolo de Washington relativos a la ruptura de procesos democráticos, junto a la Carta democrática de los Estados Americanos. Respecto al Protocolo de Washington, adoptado en diciembre de 1992, incorpora modificaciones importantes a la Carta de la OEA, que de alguna manera compensan las debilidades de la resolución 1080. En su artículo 9 prescribe que “un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás

---

<sup>182</sup> Vid. César GAVIRIA, *op. cit.*, pp. 114-124.

<sup>183</sup> En este sentido, de acuerdo a lo señalado por el ex Secretario General de la OEA, César Gaviria, en su informe “Senderos hacia el Milenio”, que da cuenta de lo efectuado por la organización regional durante la década de los noventa, la organización promovió la noción de solidaridad con la democracia. Dentro de este contexto se intervino en países que habían experimentado golpes de Estado o algún quebrantamiento institucional. Por otro lado, también se apoyaron procesos de consolidación democrática a través de la observación electoral y capacitación para el fortalecimiento de las instituciones. Por último, se asumió un rol activo en las tareas de consolidación de la paz en los Estados miembros que habían sufrido confrontaciones internas, como Haití, Surinam y en Centroamérica, y en general en la mayoría de las amenazas a la gobernabilidad ocurridas durante las últimas décadas en el continente americano.

<sup>184</sup> Fue adoptada el 5 de junio de 1991, y hace referencia concretamente a la posibilidad de que un país miembro deje de tener democracia representativa. Fue invocada por primera vez en el caso de Haití en 1991, y después en Perú en 1992 y Guatemala en 1993. Sus propias contradicciones la hicieron ambivalente, y fue sustituida por el Protocolo de Washington (Documentos de la OEA, <http://www.oas.org/>).



cuerpos que se hayan creado<sup>185</sup>. No obstante, y aunque aún se evidencian problemas principalmente de tipo interpretativo, pues este artículo sólo se aplica cuando han fracasado todas las alternativas diplomáticas, este texto significa un avance en la promoción de la democracia y la seguridad en la región.

En cuanto a la Carta Democrática Interamericana, este texto, adoptado en septiembre de 2001<sup>186</sup> en el mismo día de los atentados terroristas al corazón financiero de Estados Unidos, representa otro avance importante en cuanto a la protección de las instituciones y la seguridad hemisférica. Esto posibilita que se actúe cuando no se ha producido la quiebra del proceso institucional<sup>187</sup>. De esta manera, el citado documento tiene un significado esencial frente a las amenazas a la gobernabilidad en la región y el aumento del descrédito regional de dicha Organización.

Más tarde, los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 reforzaron los espacios del Estado como monopolizador del uso de la fuerza armada y la renovación de los principales instrumentos jurídicos sobre seguridad hemisférica<sup>188</sup>. No obstante, la superpotencia americana no invocó el TIAR para emprender alguna operación militar colectiva con los Estados americanos signatarios del TIAR, como sí lo hizo con sus aliados europeos de la OTAN; en su lugar, la estrategia estadounidense se enfocó únicamente en adecuar al TIAR a su nuevo esquema de seguridad colectiva en la región<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> De acuerdo con ese artículo 9 del Tratado de Washington, la facultad de suspensión solamente podrá ser ejercida cuando hayan fracasado las gestiones diplomáticas que la Organización hubiera emprendido con el objeto de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado Miembro afectado. La decisión sobre la suspensión deberá ser adoptada en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General por el voto afirmativo de dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor justo tras su aprobación por la Asamblea General. La Organización intentará, no obstante la medida de suspensión, emprender nuevas gestiones diplomáticas dirigidas a coadyuvar al restablecimiento de la democracia representativa en el Estado Miembro afectado. El Miembro objeto de suspensión debe seguir observando el cumplimiento de sus obligaciones con la Organización; asimismo, la Asamblea General puede levantar la suspensión por decisión adoptada con la aprobación de dos tercios de los Estados Miembros.

<sup>186</sup> Ver su texto completo en [www.educadem.oas.org/documentos/dem\\_spa.pdf](http://www.educadem.oas.org/documentos/dem_spa.pdf)

<sup>187</sup> Es importante señalar que para ello se cuenta con la asistencia técnica y asesoría de la Secretaría General en asuntos de defensa y seguridad. También existe un Grupo de trabajo que prepara un informe sobre cuestiones de defensa y seguridad, e instituciones del sistema interamericano relacionadas con la seguridad -Comisión de Seguridad Hemisférica, CSH/GT/ADS-3/02, 11 de diciembre de 2002-.

<sup>188</sup> Vid. Joseph S. TULCHIN, Raúl BENÍTEZ MANAUT y Rut DIAMINT, *El rompecabezas. Conformando la seguridad hemisférica en el siglo XXI*, Bononiae, Buenos Aires, 2006, pp. 100-443.

<sup>189</sup> Vid. Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, Departamento de Derecho Internacional, OEA, Washington D.C., texto completo en [www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html)

Fue así como se reunió con carácter urgente el órgano de consulta del TIAR formado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros para redefinir el papel del Estado y el uso de la fuerza armada a través de la posición de dicha Alianza Americana ante esta agresión asimétrica del nuevo orden mundial de posguerra fría.

En esta reunión ministerial extraordinaria, los Estados miembros, encabezados por Estados Unidos, decidieron adoptar la resolución 23/Res. 1/01, de 21 de septiembre de 2001, para considerar los ataques terroristas como actos de agresión, y sería ratificada por la resolución 24. 1/01<sup>190</sup>. Uno de los argumentos que la delegación estadounidense utilizó para imponer la resolución en el seno del TIAR fue que había incongruencias sobre el término agresión, y que por ello era necesario ampliar dicho concepto de tal manera que pudiera ajustarse a los reclamos del Estado agredido, en este caso, Estados Unidos, y así adoptar una acción política y militar colectiva.

La aprobación de la resolución 23/ Res. 1/01 fue centro de debate en el ámbito jurídico continental, pues dicha resolución sacó a la luz las diferencias conceptuales que aún existen entre los Estados americanos sobre la definición de “agresión”, en particular a partir de la posición de la superpotencia americana<sup>191</sup>.

En este marco, el artículo 3 del TIAR definía la “agresión directa” como el ataque armado de un Estado contra otro (entendiendo que esa agresión es considerada como ataque contra los demás miembros del sistema). Pero además, el artículo 6 del TIAR perfecciona los objetivos de seguridad colectiva que persigue, considerando como agresión también a aquella “que no sea ataque armado”. Por otra parte, también el artículo 28 de la Carta de la OEA, relativo a la seguridad colectiva, introduce los conceptos de “agresión” y “ataque armado”, incluso el concepto de “agresión que no sea ataque armado”. En el análisis de fondo se puede interpretar que la OEA defiende el

---

<sup>190</sup> La Reunión adoptó la resolución 24/ Res. 1/01, de 21 de septiembre de 2001, estableciendo que “los ataques terroristas contra Estados Unidos son ataques contra todos los Estados americanos”, y “que todos los Estados parte del Tratado de Río deberán brindar asistencia recíproca efectiva para enfrentar tales ataques y la amenaza de ataques similares contra cualquier Estado Americano y para mantener la paz y seguridad internacionales”, también dispone que “los Estados Partes prestarán asistencia y apoyo condicional a Estados Unidos y entre sí, según corresponda, en relación con los ataques del 11 de septiembre y a fin de prevenir futuros actos terroristas”.

<sup>191</sup> Vid. Claudio FUENTES, *Bajo la mirada del Halcón: Estados Unidos-América Latina post 11/09/01*, Editorial Biblos-FLACSO, Santiago de Chile, 2004, pp. 76-186.

## Capítulo II

principio de seguridad colectiva al precisar que la agresión a uno de sus miembros es una agresión a todos los Estados participantes de la Organización.

Más tarde, la reforma del TIAR en 1975 aprobó en el artículo 9 “la agresión directa” en los términos de la Resolución 3314 (1974) de la Asamblea General de la ONU, y en su artículo 6 señala “la agresión que no sea ataque armado”; finalmente, en el artículo 8 establece las medidas en caso de una posible “agresión”, las cuales deben ser congruentes con los Capítulos VI y VII de la Carta de la ONU<sup>192</sup>. Sin embargo, en dicha reforma se concluyó que todavía había que revisar las relaciones TIAR-OEA-ONU en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Ahora bien, después de la reunión ministerial de septiembre de 2001, al mes siguiente se reunió la Comisión de Seguimiento de la Vigésima Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores del TIAR, la cual emitió una resolución en la que, considerando la resolución 23/RES.1/01, resuelve que las medidas que están siendo aplicadas por Estados Unidos y otros Estados interesados en ejercicio de su derecho inminente de legítima defensa individual o colectiva, cuentan con el apoyo de los Estados Parte del Tratado de Río, ratificando los mismos su disposición a prestar asistencia y apoyo a Estados Unidos y entre sí, y tomando en consideración el TIAR para “prevenir y evitar futuros ataques terroristas”. Dicha resolución encomendó al Consejo Permanente la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana contra el Terrorismo de conformidad con la Convención contra el Terrorismo que fue aprobada por la resolución 1840 (2002) de la Asamblea General de la ONU<sup>193</sup>.

La Convención Interamericana contra el Terrorismo fue adoptada en Bridgetown (Barbados) en la XXXII Asamblea General de la OEA (AG/RES/1840-0/02), y entró en vigor el 7 de octubre de 2003. En el preámbulo reconoce la urgencia de fortalecer y establecer nuevas formas de cooperación regional contra el terrorismo con el objeto de

---

<sup>192</sup> Vid. Antonio BALAUÑDE MOREYRA, “Comentarios a la definición de la agresión”, *Contexto. Org*, mayo de 2004, en [www.contexto.org/pdfs/comentarios\\_comentarios\\_bm.pdf](http://www.contexto.org/pdfs/comentarios_comentarios_bm.pdf), pp. 1-6.

<sup>193</sup> Véase la resolución completa en [www.cicte.oas.org/rev/en/Documents/Conventions/AG%20RES%201840%202002%20espanol.pdf](http://www.cicte.oas.org/rev/en/Documents/Conventions/AG%20RES%201840%202002%20espanol.pdf)

erradicarlo; para esto también reconoce la importancia del sistema jurídico que existe en el nivel internacional para la lucha contra el terrorismo<sup>194</sup>.

La Convención establece en su artículo 1 que su objeto y fines son prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo, para lo cual los Estados Partes deben comprometerse a adoptar las medidas necesarias, disponiendo en su artículo segundo qué instrumentos internacionales son aplicables en la materia; el artículo 2 se refiere en primer lugar a lo qué se entiende por delito objeto de la Convención, y hace alusión a los cuerpos normativos que componen el Derecho internacional. Por su parte, el artículo 4 se refiere a las medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo; para ello, establece la obligación de los Estados Partes de crear un régimen jurídico y administrativo específico, que deberá incluir un mecanismo de supervisión de bancos y diversas medidas que aseguren que las autoridades competentes tengan capacidad de cooperar e intercambiar información en los niveles nacional e internacional. Prescribe también la constitución de Unidades de Inteligencia Financiera, que sirvan como centro para la recopilación, análisis y difusión de información sobre lavado de dinero.

El artículo 5 refuerza lo anterior con el embargo y decomiso de fondos u otros bienes. Asimismo, los artículos 7, 8, 9 y 10 establecen medidas de cooperación tanto en el ámbito fronterizo-aduanero como en el legal, instándose a promover el fortalecimiento y mejora de los canales de comunicación entre las autoridades correspondientes para conocer de los delitos a que se refiere la Convención en su artículo 2.

Los artículos 11, 12 y 14 establecen la inaplicabilidad de la excepción por delito político para la aplicación de la extradición o asistencia jurídica mutua a los delitos del artículo 2, así como el no reconocimiento de la condición de refugiado y la denegación de asilo.

---

<sup>194</sup> Cabe citar por ejemplo la Convención para prevenir y sancionar los actos terroristas configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan relevancia internacional, adoptado por la Asamblea General el 21/II/71; el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detención, adoptado en Montreal el 1/3/1991; la Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmada en la Haya en 1970; más recientemente el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1997; y el Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, aprobado por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1999. Sobre el Derecho internacional ante el terrorismo véanse Elena CONDE PÉREZ (Dir.), *Terrorismo y legalidad internacional*, Dykinson, Madrid, 2012; e ídem (Coord.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

## *Capítulo II*

Asimismo, se indica la compatibilidad de la Convención con la Carta de la ONU, la Carta de la OEA, las normas del derecho internacional humanitario, de los derechos humanos, y de los refugiados, así como con el Derecho interno de cada Estado Parte. Igualmente el artículo 19 señala que se respetará el principio de no intervención en la jurisdicción interna de un Estado por otro Estado Parte. En cuanto a las normas de rigor en materia de tratados internacionales, se dispone la celebración de reuniones periódicas de consulta a efectos de facilitar la implementación del Convenio y el intercambio de experiencias. Finalmente, la Convención establece la necesidad de fortalecer programas de cooperación técnica en todos los niveles (regional y universal) dentro del marco del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) de la OEA.

Es así como el TIAR-OEA ha estrechado sus relaciones con la ONU después del 11-S, de conformidad con el Capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas. Sin embargo, no tiene la dimensión que la ONU mantiene con la OTAN, y por su parte, el Consejo de Seguridad ignoró a esta institución americana dentro del ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de conformidad con el artículo 51 sobre legítima defensa y el artículo 54 de la Carta de 1945, que le permiten tomar acciones coercitivas.

Ahora bien, el proceso de ratificación de dicha Convención significó, al mismo tiempo, la reactivación del diálogo interamericano en temas de seguridad y defensa que, desde el fin de la Guerra Fría, se encontraban en el análisis sobre el concepto de seguridad colectiva en el hemisferio, con el fin de formular los criterios comunes más adecuados para fortalecer las instituciones ya existentes o bien la creación de otras. Esto explica las sucesivas reuniones de la OEA y de la Comisión sobre Seguridad Hemisférica en los últimos años.

Así, en varios Estados americanos se generaron intensos debates que abordaron cuestiones esenciales, como el desarrollo conceptual de la seguridad y la defensa en el ámbito de las Américas; las vinculaciones entre seguridad, defensa, desarrollo, paz y democracia; la reconceptualización de las amenazas a la defensa y la seguridad hemisféricas; las posibilidades de conflictos entre Estados y los nuevos riesgos para la gobernabilidad democrática; la definición de los problemas comunes y las prioridades subregionales y nacionales; la evaluación de las instituciones de seguridad tanto internas como externas de los Estados miembros y de otros mecanismos interamericanos; o el

impacto de los avances científicos y tecnológicos en los campos de la seguridad y la defensa, así como la previsión y resolución de conflictos en el hemisferio.

En este proceso de redefinición, sin embargo, han emergido notables diferencias entre los Estados miembros en la conceptualización de la nueva agenda de seguridad hemisférica, caracterizada por la necesidad de encarar de manera más coordinada las amenazas tradicionales y las nuevas amenazas, que incluyen el narcotráfico y su violencia y criminalidad asociadas, el crimen organizado transnacional, las catástrofes generadas por la degradación del medio ambiente, los flujos masivos de refugiados, el aumento de la violencia intraestatal, la vulnerabilidad económica, la relación entre civiles y militares, e incluso el resquebrajamiento del orden democrático.

Ante las mencionadas problemáticas, Estados Unidos ha promovido con intensidad sus proyectos hacia el continente y ha defendido sus instrumentos creados desde el fin de la Segunda Guerra Mundial para adecuarlos a las nuevas circunstancias actuales, como la introducción en el TIAR de la citada resolución relacionada con los ataques terroristas.

En este orden de ideas, es preciso subrayar que el TIAR le sirve especialmente al Pentágono para mantener estrecho contacto con los oficiales de las cúpulas castrenses latinoamericanas. Es una forma de mantener su dominio sobre los Estados miembros. El estrecho contacto con los jefes militares de alta graduación le permite a Estados Unidos estar enterado de lo que piensan éstos, y poder influir sobre ellos ante la eventualidad de una situación interna de sus países que no sea del agrado de la Casa Blanca. De esa manera, el Gobierno de Washington puede mantener en estos años un cierto dominio sobre la política latinoamericana, ante el reciente proceso bolivariano en Venezuela y su alianza política con Cuba y en menor medida con Bolivia, que representa en la actualidad una espina dolorosa para los intereses de la superpotencia en la región.

Así, Estados Unidos se ha inclinado por fortalecer el TIAR y la JID, dotándolas de nuevas responsabilidades para que cubran cuestiones de la nueva agenda de seguridad contra las amenazas transnacionales, pues un elemento muy importante señalado por la superpotencia americana es que deben distinguirse los problemas económicos y sociales de los de la seguridad; no obstante, esta cuestión aún es un tema de debate en el diálogo interamericano.

No obstante la política hegemónica estadounidense en la región, existen todavía posibles propuestas para modificar la estructura del TIAR: algunos Estados miembros (Argentina, Brasil y Chile) han manifestado la necesidad de subordinar y controlar la Junta Interamericana de Defensa y las Reuniones Ministeriales de Defensa<sup>195</sup> a la Comisión de Seguridad Hemisférica de la OEA, donde Estados Unidos se encontraría con un foro multilateral más representativo como contrapeso a su unilateralismo.

Para el especialista en cuestiones interamericanas J. TULCHIN, a principios del siglo XXI tres factores incidían en el triunfo de las iniciativas de renovación del sistema de seguridad hemisférica dentro del esquema de seguridad colectiva: la orientación a seguir por la política de Estados Unidos hacia América Latina bajo los lineamientos del entonces presidente, George W. Bush; el papel del Secretario General de la OEA; y la influencia de la Comisión de Seguridad Hemisférica<sup>196</sup>.

Tomando en cuenta estas tres cuestiones, dicho autor concluía que en el corto y medio plazo no se observaba suficiente compatibilidad con reforma substancial alguna en el sistema interamericano de seguridad, al no existir un elemento catalizador que lo impulsara de manera importante<sup>197</sup>.

Esta carencia explica en gran medida el surgimiento en la actualidad de importantes proyectos en torno a la seguridad de la región, como la propuesta de crear un Consejo de Defensa Sudamericano, avanzada por Brasil el 4 de marzo de 2008 dentro de un marco de crisis en las relaciones interamericanas, y más concretamente en el subcontinente sudamericano (conflicto entre Colombia, Ecuador y Venezuela) necesitado de crear un órgano común de defensa y seguridad internacionales complementario del TIAR y la OEA<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> Dentro del marco de la OEA surgen en 1996 las reuniones ministeriales de defensa de los Estados Americanos, como un espacio de diálogo y negociación entre los ministros de defensa del Continente. Vid. Andrés SERBIN, *Construcción de paz y diplomacia ciudadana en América Latina y el Caribe*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008, p. 109.

<sup>196</sup> Vid. Joseph TULCHIN, *Conformando la seguridad hemisférica en el siglo XXI*, B. Libris y Prometeo, Buenos Aires, 2006, pp. 4-56.

<sup>197</sup> Vid. Juan Pablo SORIANO, *Redefinir las instituciones de seguridad en el Continente Americano*, Observatorio de Política Exterior de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2001, pp. 1-12, disponible en [www.uab.es/iuee](http://www.uab.es/iuee).

<sup>198</sup> Durante la XXª Cumbre de la OEA en 2008 fue lanzada la propuesta brasileña. Vid. Susanne GRATIUS, "Brasil y el Consejo de Defensa Sudamericano", en [www.laondadigital.com/laonda/laonda/301-400/389/b3.htm](http://www.laondadigital.com/laonda/laonda/301-400/389/b3.htm)

América del Sur se perfila así como un espacio geopolítico integrado en torno a Brasil como Estado hegemónico regional, y más distante de Washington, aunque su liderazgo es contestado por las aspiraciones regionales de poder del presidente venezolano Hugo Chávez, tanto en el posible proceso de integración sudamericana como en la creación del órgano de seguridad<sup>199</sup>.

En la línea de subregionalizar la cooperación militar hemisférica con la creación del Consejo de Defensa Sudamericano<sup>200</sup>, éste podría cumplir con varios objetivos y funciones que el TIAR por su naturaleza hemisférica no ha podido atender en más de setenta años de existencia<sup>201</sup>.

Estos propósitos coinciden con los intereses de Brasil, al igual que los demás países de la subregión. El pretendido liderazgo brasileño<sup>202</sup>, oscilante entre su proyecto global (o interés nacional) y su proyecto sudamericano (interés colectivo<sup>203</sup>), representa un desafío al esquema de seguridad colectiva hegemónica estadounidense para el Continente Americano, y las consecuentes implicaciones que ello tendría en las

---

<sup>199</sup> Es importante señalar que el liderazgo de Brasil está estrechamente vinculado a los avances de integración sudamericanos desde que los doce países de Sudamérica celebraron en 2000 en Brasilia su primera reunión Cumbre. De ella surgieron organismos como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la iniciativa de infraestructura (IIRSA) y, dentro de este marco, los dos polos norte y sur del proyecto: la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Un órgano de defensa formaría parte de este esquema de integración.

<sup>200</sup> Vid. Marc SAINT-UPÉRY, *El sueño de Bolívar*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, pp.359-360.

<sup>201</sup> Entre los objetivos fundamentales de dicho órgano se podrían citar los siguientes:

“a) Llenar un espacio en materia de defensa latinoamericana, puesto que no se ha creado ninguna organización regional ni tampoco es “un área de cooperación efectiva” pese a que formalmente la región se ha constituido como zona de paz; b) Servir de plataforma y legitimación colectiva para la aspiración de Brasil de convertirse en miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; c) Crear un sistema de defensa sudamericano y, en el futuro, una especie de OTAN subregional con una estructura y capacidad militar propia; d) Prevenir conflictos en la región por la ampliación de medidas de creación de confianza y fortalecer el papel de mediación regional en crisis sudamericanas; e) Promover la cooperación en equipos y armas y, en particular, ampliar el mercado regional para la industria bélica de Brasil, que es un importante exportador de material militar; f) Mejorar la seguridad de fronteras entre los doce países, y sobre todo en la región del Amazonas como espacio difícil de controlar; g) Luchar conjuntamente contra amenazas regionales como el narcotráfico, el crimen organizado, el tráfico de armas y los desastres naturales y fomentar el intercambio de información militar; h) Realizar ejercicios militares conjuntos y coordinar actividades en el seno de misiones regionales (OEA) o internacionales (ONU) de paz. Un importante precursor en este sentido es la coordinación sudamericana en la Misión de estabilización en Haití bajo el comando militar de Brasil; i) Reducir paulatinamente la influencia militar de Estados Unidos y sus bases en Sudamérica sin desafiar abiertamente su hegemonía.” Vid. Susanne GRATIUS, “¿Hacia una OTAN sudamericana? Brasil y un Consejo de Defensa Sudamericano. Programa de Paz y Seguridad”, *FRIDE*, abril de 2008, pp. 1-4, disponible en [www.fride.org](http://www.fride.org).

<sup>202</sup> Vid. Bruno AYLLÓN PINO, *Las relaciones hispano-brasileñas: de la mutua irrelevancia a la asociación estratégica (1945-2005)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 68.

<sup>203</sup> Vid. Francisco ROJAS ARAVENA (ed.), *América Latina y el Caribe: Multilateralismo vs. Soberanía. La Construcción de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, Teseo-FLACSO, Buenos Aires, 2011, pp. 11-13.



## Capítulo II

relaciones OEA-ONU<sup>204</sup> en materia jurídica con respecto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>205</sup>.

De hecho, una fuerza militar sudamericana en su conjunto sería, en número de tropas, parecida a la de Rusia y algo menor que Estados Unidos, mientras que su presupuesto sumado sería similar al de potencias como Alemania o Francia. En esta perspectiva, un Consejo de Defensa Sudamericano podría ser un primer paso hacia una OTAN sudamericana o, mucho más adelante, una fuerza armada sudamericana<sup>206</sup>.

De esta manera, el rearme sudamericano está caracterizando el nuevo escenario de defensa regional<sup>207</sup>. En este contexto se pueden mencionar las impulsadas compras de armamento de los Estados latinoamericanos, entre ellos, Venezuela que bajo el régimen de Hugo Chávez ha aumentado considerablemente sus importaciones de equipo bélico especializado proveniente de Rusia, España y Francia; el rearme espectacular de Chile; las preocupaciones de Argentina, Uruguay y Paraguay por adquirir armamento puntero de dichos proveedores europeos; el creciente aumento en gastos militares de Ecuador, Bolivia y Perú; o las adquisiciones militares de Colombia a Estados Unidos.

A estos procesos se suman los acuerdos de Brasil con Francia<sup>208</sup>, que incluyen el desarrollo de un submarino nuclear (se estima que opere entre 2015 y 2030) y la transferencia tecnológica, lo que harán de Brasil un polo de industria militar en los próximos años<sup>209</sup>, convirtiendo así la región con menos guerras en la historia contemporánea, en una de las más militarizadas del mundo. Este rearme sudamericano es defendido por la doctrina llamada de defensa popular en un hipotético caso de ataque

---

<sup>204</sup> Sobre las relaciones OEA-ONU véase por ejemplo Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, *El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacionales*, UNAM, México, 2007, pp.620-625.

<sup>205</sup> Vid. Joseph S. TULCHIN, Raúl BENÍTEZ MANAUT y Rut DIAMINT, *El rompecabezas. Conformando la seguridad*, op. cit., pp. 97-443.

<sup>206</sup> Vid. European Defense Agency, *CIA World Factbook*, [www.cia.gov/redirects/factbookredirect.html](http://www.cia.gov/redirects/factbookredirect.html)

<sup>207</sup> Vid. Francisco ROJAS ARAVENA (ed.), *América Latina y el Caribe: Multilateralismo vs. Soberanía. La Construcción de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, op. cit, pp. 50-90.

<sup>208</sup> Los Acuerdos fueron firmados el 7 de septiembre de 2009. Vid. Ministerio de Defensa Brasileño, en [estrategiavdoctrina.blogspot.com/2009/10/brasil-negocia-millonaria-compra-de.html](http://estrategiavdoctrina.blogspot.com/2009/10/brasil-negocia-millonaria-compra-de.html)

<sup>209</sup> Vid. Raúl ZIBACHI, “Brasil emerge como potencia militar”, en [www.viva.org.co/cajavirtual/svc0184/articulo0013.pdf](http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0184/articulo0013.pdf)

estadounidense o extra-continental, doctrina que es cuestionada por amplios sectores de dicha región<sup>210</sup>.

Ahora bien, la actitud de Francia hacia el rearme sudamericano y su posible extensión al Caribe y Centroamérica responde a la vieja y añeja aspiración de Francia de tener una presencia hegemónica desde México hasta Argentina<sup>211</sup>. Por lo pronto, Francia ya significa para Brasil un apoyo importante en su aspiración a convertirse en miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU (quien necesita demostrar que tiene con qué apoyar las decisiones de ese organismo en los distintos escenarios en conflicto).

Mientras tanto, Estados Unidos se encuentra ocupado en otros conflictos y sus aspiraciones estratégicas se concentran en la “Gran Asia Central”; de ahí en gran medida su retraso en aceptar la transformación del TIAR y otras instituciones americanas de seguridad colectiva.

En vista de la falta de consensos regionales, y considerando la pronunciada asimetría existente entre los países latinoamericanos y los Estados Unidos, sobre todo al continuar éste con su política unilateral reflejada en la ocupación de Irak (decisión no compartida y cuestionada por los gobiernos latinoamericanos), no parece prudente ni oportuno negociar, a corto plazo, una redefinición total y radical del sistema interamericano de seguridad establecido en 1948 ni tampoco entrar en otra dinámica en las relaciones con organizaciones internacionales, en este caso la ONU<sup>212</sup>. Cabe agregar que en estos momentos no existe ningún mecanismo cohesionador para la seguridad en el continente americano. En su lugar, como hemos visto, han aparecido proyectos de tipo subregional, concretamente en América del Sur con Brasil como principal protagonista en estos nuevos ensayos de seguridad regional.

---

<sup>210</sup> Vid. Daniel GALLO, “La hora del rearme: el nuevo escenario de la defensa regional” en [www.lanacion.com](http://www.lanacion.com), en p.1-8, 19 de febrero de 2008, y Andrés OPPENHEIMER, *Los Estados desunidos de las Américas*, Editorial EDAF, Madrid, 2009, p. 12.

<sup>211</sup> Vid. María CAÑADAS FRANCESC, *Alerta: informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción*, Icaria editorial, Barcelona, 2007, p. 111.

<sup>212</sup> Para Pierre Hassner, la política exterior estadounidense hacia América Latina ha carecido de claridad en sus objetivos; en su lugar se puede observar una mezcla de “idealismo” y “realismo”, es decir ha combinado el elemento político con lo filosófico para justificar sus constantes intervenciones en la región. Vid. Pierre HASSNER, “The United States: the empire of force or the force of empire?”, *Chaillot Papers*, n.º 54, Institute for Security Studies, Unión Europea, septiembre 2002, pp 6-53.

Los graves problemas, como el narcotráfico, el secuestro y la inseguridad, han hecho que los Estados latinoamericanos opten por otras vías de tipo bilateral al margen de la OEA, como sucede en México y algunos Estados centroamericanos<sup>213</sup>. En general, la creciente injerencia del crimen organizado transnacional ha debilitado en mucho al Estado latinoamericano y sus sociedades, situación está que ha provocado la inexistencia en la práctica de una agencia regional sobre seguridad.

Es imprescindible y urgente reconstruir la voluntad de todos los Estados americanos para activar un posible nuevo sistema de seguridad en América<sup>214</sup>. Para Zayra Zamarripa, se podrían crear nuevos organismos dedicados a enfrentar problemas actuales, tales como la cuestión espinosa y siempre delicada de los Derechos Humanos, la migración, el narcotráfico, terrorismo internacional, secuestro, armamentismo, inseguridad, cuerpos policiales o pobreza extrema, por mencionar algunos, pero que son indispensables para recuperar el espacio perdido por la OEA a más de 60 años de su creación<sup>215</sup>. Para dirigir a dichos organismos propone el establecimiento de un consejo de seguridad hemisférica americana, ya sea dentro de la OEA o fuera de ella. En este sentido, recientemente, el 4 de diciembre de 2011 fue creada la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, mediante la Declaración de Caracas. La CELAC tiene como objetivos crear un plan de acción por la autodeterminación, la soberanía, la integridad territorial y los Derechos Humanos<sup>216</sup>.

### **II.C. El Estado hegemónico y las operaciones de mantenimiento de la paz en la posguerra fría**

Por otra parte, el Estado hegemónico y monopolizador del uso de la fuerza armada promovió transformaciones en las OMPs, con la finalidad de mantener al Estado en dicho *status* terminado el conflicto Este-Oeste y ante el nuevo orden internacional. Sin embargo, el 11-S provocó que el Estado hegemónico optara por la privatización del uso de la fuerza armada, dejando a un lado el concepto de “monopolio del uso de la fuerza

---

<sup>213</sup> Guatemala, Honduras y El Salvador.

<sup>214</sup> Vid. <http://www.jornada.unam.mx/2011/12/04/mundo/019n1mun>

<sup>215</sup> Zayra ZAMARRIPA, “El nuevo derecho internacional público”, *Gaceta UNAM*, México, 23 de septiembre de 2010. p. 20.

<sup>216</sup> “Rusia Today pone de relieve la opinión de políticos, analistas y expertos internacionales, quienes consideran que la CELAC podría reemplazar a la obsoleta OEA de la que forman parte EE.UU. y Canadá”. Vid. Alfredo JALIFE-RAIME, “Celac: agonía de la OEA y segunda muerte de la Doctrina Monroe y el ALCA”, *La Jornada*, México D.F., 11 de diciembre de 2011, p. 12.

armada” o su exclusividad, que durante décadas había caracterizado la formación y consolidación de las OMPs.

Ciertamente, en el inmediato período posterior al fin de la Guerra Fría el Estado hegemónico -bajo el liderazgo único de Estados Unidos- había comenzado un proceso de cambio en las estructuras de las OMPs para ajustarlas a la nueva concepción de “Derecho Internacional hegemónico”<sup>217</sup>, tras la desaparición de la Unión Soviética como Estado hegemón. Bajo la égida del “Estado hegemónico único”, el proceso de transformaciones político-jurídicas de las OMPs fue aprobado por la ONU a partir del informe elaborado por el Secretario General titulado “Un Programa de Paz” en 1992 - un año después de la desintegración del bloque soviético-. En este documento se reafirma sin excepción alguna al Estado como el garante del uso de la fuerza armada; sin embargo, antes de explicar las posibles transformaciones en las OMPs estallaron las guerras civiles tanto en la antigua Yugoslavia como en Ruanda, que obstaculizaron todo proceso de revisión en las OMPs, pues éstas no tuvieron más opción que enfrentarse con la emergencia que presentaban dichos conflictos entre 1991 y 1995. En ese tiempo, el Consejo de Seguridad de la ONU iniciaba un proceso de activismo, caracterizado por la posición hegemónica política y militar de Estados Unidos.

Con esta política, el Consejo de Seguridad autorizó a las OMPs el empleo de la fuerza armada para garantizar su mandato, como fue el caso principalmente de U.N.P.R.O.F.O.R para la ex Yugoslavia, y la O.N.U.S.O.M para Somalia. En este último conflicto, la política de Estados Unidos estuvo fuertemente cuestionada por la

---

<sup>217</sup> El Derecho Internacional Hegemónico “es un intento de reconfiguración del Derecho internacional actual para convertirlo en un instrumento de poder para la satisfacción de los intereses nacionales más inmediatos de los Estados más poderosos, y en especial de Estados Unidos, el hegemón”. Vid. Caterina GARCÍA SEGURA y Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ, *Los límites del proyecto imperial: Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2008, p. 144.

## Capítulo II

comunidad internacional<sup>218</sup>, así como la actuación francesa en Ruanda<sup>219</sup> y la parálisis de los Estados europeos ante la guerra en la ex Yugoslavia<sup>220</sup>.

Fue un período de crisis y descrédito internacional no sólo para las OMPs, sino también para el propio Estado como monopolizador de la fuerza armada, pues no pudieron evitar la continuidad de los enfrentamientos armados ni las grandes masacres civiles, como la matanza en Ruanda en 1994<sup>221</sup>.

Todo esto llevó al Secretario General de la ONU a presentar en enero de 1995 un informe conocido como “Suplemento de Un Programa de Paz”, donde hace una revisión de las OMPs<sup>222</sup>. De esta manera, comienza un período relativamente corto de parálisis en la evolución de dichas operaciones.

Más tarde, el Secretario General anuncia en su informe del Milenio<sup>223</sup> la constitución de un grupo de alto nivel responsable de examinar todos los aspectos de las operaciones de mantenimiento de la paz con el propósito de elaborar un balance de la situación, y determinar su progreso y evolución. En los trabajos de este grupo, conocido como *informe Brahimi*<sup>224</sup>, se menciona un reforzamiento de los poderes otorgados a las OMPs, con atribución de mandatos más extensos y definidos y la autorización del uso de la fuerza para la defensa de los mismos y, de otra parte, la proliferación en la

---

<sup>218</sup> Vid. Germán H. AMONDARAÍN, *Operaciones de paz*, Trabajo de investigación presentado en el Colegio Interamericano de Defensa, Washington D.C., mayo de 1997, disponible en [library.jid.org/en/mono36/amondarain.pdf](http://library.jid.org/en/mono36/amondarain.pdf); y Sami NAIR, *Mediterráneo hoy. Entre el diálogo y el rechazo*, Icaria Editorial, Barcelona, 1995, p. 97.

<sup>219</sup> Itziar RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, *La historia de la intervención humanitaria: el imperio altruista*, La Catarata-UAM, Madrid, 2005, pp. 195-197; Alejandro PIZARROSO QUINTERO, *Nuevas guerras, vieja propaganda: de Vietnam a Irak*, Universitat de València, València, 2005, p. 166; y Linda MELVERN, *Un pueblo traicionado: el papel de occidente en el genocidio de Ruanda*, Intermón Oxfam editorial, Barcelona, 2007, pp. 100-195.

<sup>220</sup> Vid. José GIRÓN, Slobodovan PAJOVIC y José Manuel ARIJA, *Los Nuevos Estados de la Antigua Yugoslavia*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1999, pp. 105-300; Arturo VINUESA, *El conflicto de los Balcanes y la seguridad común europea*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2002, pp. 197-215; y Gilberto C. ARANDA y Sergio SALINAS CAÑAS, *Conflicto de identidades y política internacional*, Ril editores, Santiago de Chile, 2005, pp. 193-200.

<sup>221</sup> Vid. Linda MELVERN, *Un pueblo traicionado: el papel de occidente en el genocidio de Ruanda*, op. cit., pp. 178-180; y Jean SELLIER, *Atlas de los pueblos de África*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 184-185.

<sup>222</sup> Doc. S/1995/1 de 25 de enero de 1995. En el informe se vuelven a afirmar los postulados fundamentales del acuerdo político asumido desde 1962 en la creación de OMPs: consentimiento del Estado territorial y cooperación de todas las partes involucradas, imparcialidad y no recurso a la fuerza salvo en casos de legítima defensa. Vid. Jorge CARDONA LLORENS, “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VI, 2003, pp. 756-870.

<sup>223</sup> Doc.A/54/2000, de 27 de marzo de 2000.

<sup>224</sup> Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas (Doc.A/55/305 y S/2000/809, de 21 de agosto de 2000).

utilización de otras acciones orientadas hacia la prevención de conflictos o la consolidación de la paz. Asimismo, las OMPs deben informar al Secretario General sobre el desenvolvimiento de sus actividades, bajo el estricto mando jurídico de la ONU. Por ello, sólo debían recibir instrucciones de la Organización Universal y no del gobierno del país de origen de los soldados asignados a una determinada misión<sup>225</sup>.

En los primeros años de la posguerra fría, aparecieron a menudo las llamadas “Fuerzas Multinacionales”, que, a diferencia de las OMPs, no forman parte de la estructura de las Naciones Unidas, ni son órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad, sino que se trata de acciones múltiples autorizadas por la ONU, pero creadas unilateralmente por algún país (como Francia durante el conflicto ruandés), sobre todo por el Estado hegemónico: Estados Unidos<sup>226</sup>.

A comienzos del siglo XXI, las OMPs nuevamente se encontraban dentro de un proceso de reforma como resultado del trabajo del grupo de expertos de alto nivel encabezados por Laknhar Brahimi, que recomendaba una serie de requisitos mínimos para que una misión de la ONU fuera más fructífera durante un conflicto en cuestión, entre ellos, el establecimiento de mandatos más concretos y claros, el consentimiento de las partes en conflicto para el despliegue de la misión, y los recursos pertinentes para tal efecto<sup>227</sup>; es

---

<sup>225</sup> Vid. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Paz y derechos humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1996*, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1997, p.47 y ss.

<sup>226</sup> Entre las operaciones de este tipo estarían la Fuerza Multinacional de Protección en Albania, creada mediante la resolución 1101 del Consejo de Seguridad (28 de marzo de 1997); la KFOR, Fuerza militar de la OTAN en Kosovo, la INTERFET en Timor Oriental -resolución 1264 del Consejo de Seguridad (15 de septiembre de 1999)-; la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS), fuerza militar de la OTAN en Afganistán; y la ECOMIL en Liberia, resolución 1497 del Consejo de Seguridad (1 de Agosto de 2003). Este recurso fue calificado como un nuevo modelo de intervencionismo jurídico-militar surgido del poder hegemónico de Estados Unidos. Vid. Jorge CARDONA LLORÉNS, “La resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad en Afganistán ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?”, *R.E.D.I.*, vol. LIII, 2001, p. 227 y ss.

<sup>227</sup> Es importante recordar que desde 1999, habiendo decidido que era imperativo reformar las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU, el entonces Secretario General, Kofi Annan, inició una evaluación amplia de los acontecimientos que condujeron a la caída de Srebrenica (antigua Yugoslavia, Informe Srebrenica, doc.A/54/549 de 15 de noviembre de 1999), y encomendó la realización de una investigación independiente de la actuación de la ONU durante el genocidio de Rwanda (doc.S/1994/640, de 31 de mayo de 1994). Esas evaluaciones pusieron de relieve la necesidad de mejorar la capacidad de la organización universal para llevar a cabo operaciones de mantenimiento de la paz, y en particular para garantizar el despliegue rápido y mandatos que atendieran las necesidades sobre el terreno. Para ello, era necesario un proyecto con reglas claras para entablar combate, una mejor coordinación entre la Secretaría de la ONU en Nueva York y sus organismos en la planificación y el despliegue de las operaciones de mantenimiento de la paz, además de una mejor cooperación entre Naciones Unidas y las organizaciones regionales. La ONU también necesitaba reforzar las actividades para proteger a los civiles

decir, se pretendía seguir reforzando la seguridad colectiva dentro del concepto de OMPs.

De esta manera, se adoptaron en el seno de la organización universal toda una serie de medidas para mejorar las OMPs. Así, se autorizó al Departamento de las OMPs aumentar su personal en la sede en apoyo de las misiones sobre el terreno. El Departamento fortaleció las oficinas de los asesores militares y de policía, y creó una dependencia de prácticas recomendadas de Mantenimiento de la Paz para analizar la experiencia adquirida y asesorar a las misiones en cuestiones de género, la conducta del personal de mantenimiento de la paz, la planificación de los programas de desarme, la desmovilización y reintegración, el imperio de la ley y otros asuntos<sup>228</sup>.

Por otra parte, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz reorganizó la estructura relativa a las fuerzas de reserva de la organización universal, la cual incorporaba una enumeración de los recursos disponibles de los Estados Miembros, que incluía el personal militar y civil especializado, el material y el equipo disponible para las misiones de mantenimiento de la paz de la ONU.

Hasta ese momento, la evolución de las reformas apenas se percibía; sin embargo, al producirse los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, la dinámica cambió al aplicarse el concepto de “ocupación hegemónica de la seguridad colectiva”<sup>229</sup>, luego de la promulgación por el Presidente de Estados Unidos, George W. Bush, en septiembre de 2002 de la Doctrina Preventiva, como parte de su estrategia de seguridad nacional contra el terrorismo internacional. En esta doctrina hace un llamamiento a la comunidad internacional representada en la ONU, donde propone un conjunto de medidas colectivas contra el enemigo, pero de forma anticipada y no después de haberse consumado la agresión como había ocurrido contra las torres gemelas de Nueva York.

---

en los conflictos e introducir el respeto al Derecho internacional humanitario en las actividades de sus OMPs.

<sup>228</sup> En 1992 la Asamblea General había aprobado la resolución 47/217 para crear un Fondo de Reserva para las operaciones de paz con la finalidad de cubrir los gastos de emergencia ante la política de las Grandes Potencias, como por ejemplo *la National Security Act* y *la Peace Powers Act* de Estados Unidos, que decidieron reducir sus pagos en las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU.

<sup>229</sup> Término utilizado por Antonio Remiro Brotóns para caracterizar el nuevo rostro de la seguridad colectiva de la ONU para el siglo XXI. Vid. Antonio REMIRO BROTONS, y otros autores, *op. cit.*, 2007, Capítulo XXVIII.

Entre dichas acciones se refiere a la necesidad de contar con organismos militares bien estructurados, regionales o globales, incluidas las OMPs de la ONU<sup>230</sup>.

La seguridad colectiva hegemónica de Estados Unidos planteaba la necesidad de crear OMPs que contaran con una inteligencia de primer orden capaz de responder a los desafíos del actual terrorismo internacional. Así, y de acuerdo a los nuevos lineamientos de la política estadounidense, los centros de información de las OMPs debían cambiar su nombre por el concepto de “inteligencia militar”, debido a que se tenía que integrar información estratégica sobre los conflictos internacionales<sup>231</sup>.

Los cambios estructurales de las OMPs continuaron a lo largo de los años noventa, siendo el principal problema el intercambio de información e inteligencia, como fue demostrado en los conflictos más graves de dicha década en Ruanda y Yugoslavia. Esto condujo a que los Estados y la propia ONU contemplaran la privatización del uso de la fuerza armada como una vía de escape a los problemas estructurales que presentaban las OMPs<sup>232</sup>. Así, las ESP estadounidenses y su proyección como negocios globales fueron pioneras en extender sus redes incorporando en las OMPs alta tecnología estratégica durante los años noventa y principios del siglo XXI, según recomendaciones hechas por el *informe Brahimi*<sup>233</sup>.

## **II.D. La política estadounidense ante el continuo crecimiento de las empresas privadas de seguridad en la posguerra fría**

Tras el derrumbamiento de la Unión Soviética y el fin del enfrentamiento Este-Oeste, emergieron con toda su fuerza toda una serie de fenómenos, estructuras y problemas que se habían ido configurando desde décadas atrás y que reflejaban una sociedad mundial

---

<sup>230</sup> Así, la guerra de Irak de 2003 fue concebida por la Administración Bush como una guerra contra un riesgo global, el nuevo peligro del terrorismo nuclear a partir del 11 de septiembre en cuestiones de seguridad. Véase Ulrich BECK, *Sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 3-20.

<sup>231</sup> Vid. Gustavo DÍAZ, “Las capacidades de inteligencia en las operaciones de mantenimiento de la paz bajo mandato de la ONU”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, número 21, febrero 2008, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano)

<sup>232</sup> Vid. Cristina ROSAS, *Las operaciones de mantenimiento de la paz de las N-U. Lecciones para México*, UNAM/Folke Bernadotte Academy, México, 2005, pp. 280-324.

<sup>233</sup> De hecho, el Consejo de Seguridad creó en 2001 un Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre las Operaciones de Mantenimiento de la paz, el cual recomendó el establecimiento de una Comisión de consolidación de la paz como órgano intergubernamental consultivo dirigido especialmente hacia países que salen de un conflicto armado. Vid. *Informe Brahimi*, para. 10 y doc. A/50/60 – S/1995/1, *Suplemento a un Programa de Paz* (la parte relativa a la consolidación de la Paz se encuentra en el Capítulo III. C).



muy diferente a la sociedad interestatal hasta entonces dominante<sup>234</sup>. Comenzó la incursión y extensión de las ESP en los asuntos estratégicos y de seguridad<sup>235</sup>, en particular en los Estados Unidos, donde la privatización del uso de la fuerza armada se reflejó en la constante aparición de ESP sin regulación alguna y llevó el país a una nueva etapa en su historia militar, caracterizada por impulsar otra realidad en la relación Estado-monopolio de la fuerza armada a principios del siglo XXI.

Ciertamente de la carrera armamentista balística y nuclear, símbolo de la Guerra Fría<sup>236</sup>, se dio paso al rápido y espectacular desmantelamiento militar en la Unión Soviética y Estados Unidos, así como en otros Estados europeos, sin importar su orientación capitalista o socialista, entre ellos Reino Unido, Francia, Alemania, Polonia, Hungría, Rumania o Bulgaria, por mencionar algunos Estados con importante estructura bélica durante la Guerra Fría.

Fue así como se inició la preocupante desocupación de miles de profesionales de la guerra con gran formación y entrenamiento en sus Estados, y que se encontraron en busca de oportunidades de trabajo como las ofrecidas por las ESP, cuyo mercado se abría sin limitación alguna y con grandes expectativas en ambos lados del Atlántico, anteponiéndose en todo momento la especulación económica.

Así, al iniciarse la posguerra fría, las ESP se caracterizaban por realizar actividades muy complejas relacionadas con la seguridad, verbigracia la prevención del crimen o la seguridad policial en puntos estratégicos tales como cárceles, aeropuertos o instituciones gubernamentales; incluso se dedicaban a proporcionar seguridad particular, pero principalmente se inclinaban por el desarrollo de un campo por experimentar en tiempos de paz: las actividades militares como la logística, asesoramiento militar, espionaje y especialización en armamento bélico.

Como apunta Francisco Laguna, la mayoría de las empresas que cubrían las necesidades del ejército en tiempos de guerra pertenecían al sector público, y en épocas de paz el

---

<sup>234</sup> Vid. Ana María SALAZAR, *Las guerras que vienen, riesgos para las democracias ante nuevos conflictos mundiales*, Nuevo siglo Aguilar, México, 2004, pp. 2-78.

<sup>235</sup> Vid. José GÓMEZ DEL PRADO, “Los nuevos mercenarios del siglo XXI”, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, número 94, 2006, pp. 21-30.

<sup>236</sup> Vid. Antonio REMIRO BROTONS, “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol.51, N° 1, 1991-1, pp. 11-57.

sector privado se limitaba a proporcionar ropa, equipo especial y víveres, pero no llegaba a involucrarse en las labores del ejército estatal<sup>237</sup>. Sin embargo, ante la demanda de tecnología militar principalmente en la Guerra Fría, el sector empresarial comenzó a tener un importante desarrollo, fenómeno que se presentó por lo general en las fuerzas armadas de los Estados más desarrollados.

Fue entonces cuando se comenzó a hablar de “externalización” del ejército nacional, y de “privatización” en otros niveles no relacionados con el campo militar. La externalización es un sistema de colaboración que surge en las grandes empresas para lograr contratos de prestación de servicios de menor coste. Cuando un órgano del sector público se encuentra interesado en establecer algún contrato con dichas compañías no pierde el control ni la gestión de sus actividades, en tanto que en la privatización la empresa privada en cuestión asume la responsabilidad total de lo contratado<sup>238</sup>.

En la externalización relacionada con el campo de la Defensa y la Seguridad, el Estado se encuentra obligado a no perder la titularidad del contrato, pues de lo contrario asume el riesgo de perder toda la gestión, produciéndose una falta de responsabilidad en sus funciones estratégicas. Así, como el Estado no desea perder toda la gestión ni el control absoluto de las ESP, esto condujo a que se fortaleciera la práctica de la externalización, para permitir la participación del sector empresarial civil dentro del área de la defensa y la seguridad.

En términos generales, la externalización tiene ciertas ventajas, pero también desventajas desde la óptica de los cuerpos militares: entre las ventajas, se asume que los cuerpos militares pueden especializarse y adquirir la responsabilidad necesaria para el desarrollo y logística de las operaciones militares, y por otro lado, permite que los cuerpos militares puedan actualizarse y adquirir modernos equipos bélicos; sin embargo, estas ventajas se ven disminuidas cuando los militares, al terminar de realizar las actividades pactadas, abandonan o se desinteresan de ellas.

---

<sup>237</sup> Francisco LAGUNA SANQUIRICO, “Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa” en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 44-45.

<sup>238</sup> Francisco LAGUNA SANQUIRICO, *ibídem*.

## Capítulo II

La externalización, así considerada por los Ejércitos más poderosos (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, y otros del ex bloque socialista como Polonia, Hungría o la República Checa), fue seguida en las últimas décadas previas al fin de la Guerra Fría. Dicho proceso trajo consigo el abandono de los ejércitos numerosos, poco prácticos y sumamente caros, por ejércitos mucho más reducidos en número de efectivos y con mayor manejo de los medios tecnológicos incorporados a la industria bélica, aunque con salarios muy altos en ciertos sectores. Es así, *grosso modo*, como puede entenderse el origen de las ESP.

Al finalizar la Guerra Fría, las ESP estaban dedicadas a las labores de limpieza, así como al mantenimiento de fábricas, talleres, vehículos, tanques, y al suministro de alimentos y uniformes. Por esta razón, inmediatamente después de iniciada la posguerra fría, las ESP seleccionaron personal formado estrictamente dentro de códigos y conductas militares, y por tanto responsables de cumplir con normas y leyes sin cuestionar su legitimidad ni objetividad.

En este sentido, dada la proliferación de las ESP y su complejidad para conocerlas, Inma Bayarri y Rafael Martínez han clasificado dichas empresas con la finalidad de regularizarlas. Esta clasificación parte de las distintas actividades que realizan. Así tenemos, entonces, que el primer criterio de clasificación se fija en su grado de participación en un conflicto armado, sin importar su naturaleza interna o internacional ni sus derivaciones. De este modo, puede ser una ESP con participación activa o pasiva; sin embargo, esta clasificación es arriesgada, dado que las ESP contratadas suelen intervenir en ambos sentidos.

Dicho de otro modo, si bien en un comienzo la mayoría de las ESP participan pasivamente, no pueden mantenerse por mucho tiempo en ese *status quo*, debido a que se desenvuelven en escenarios de guerra, por lo que la mayoría de los empleados de las ESP se ven obligados a participar de forma activa en el teatro bélico. Por otro lado, la vulnerabilidad de los empleados de las ESP no permite distinguir las categorías pasiva y activa cuando las hostilidades aumentan su grado de intensidad.

Otro criterio de clasificación se fundamenta en el tipo de contrato que la ESP acuerda con el Estado interesado en sus servicios, dependiendo del mismo que sus empleados puedan o no usar las armas. Por lo general, las ESP negocian contratos dependiendo de

las actividades a realizar, por lo que los empleados de las ESP pueden participar directamente en un conflicto armado o mantenerse fuera de las zonas de guerra, como por ejemplo, el personal dedicado al mantenimiento del equipo militar tanto aéreo como terrestre, o bien en el último de los casos si los efectivos realizan actividades donde es inevitable contar con armas de fuego<sup>239</sup>.

Es así como esta compleja clasificación de las ESP y su respectivo impacto en las legislaciones internas, proceso conocido como “la privatización del uso de la fuerza armada”, llevó a la ONU a adoptar en septiembre de 1990 la Declaración de Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios responsables de hacer cumplir la ley<sup>240</sup>. Esta Declaración fue utilizada por la ONU en un espacio para reflexionar sobre la inminente limitación del Estado en el monopolio del uso de la fuerza armada y sus consecuencias, tanto en el orden interno como internacional<sup>241</sup>.

En esa Declaración de Principios se prescribe que todos los Estados debían establecer una serie de métodos en el empleo de armas y municiones para que los funcionarios policiales pudieran identificar el uso diferenciado del uso de la fuerza y de armas de fuego<sup>242</sup>. El objetivo era restringir la utilización de medios que pudieran ocasionar la muerte, y con la misma finalidad, también se señala que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debían contar con equipo especializado para protegerse. Pero principalmente hace un llamamiento a que, en la medida de lo posible, no se utilicen la fuerza ni las armas de fuego, sino únicamente en casos necesarios o cuando no se pueda garantizar el objetivo previsto<sup>243</sup>.

---

<sup>239</sup> Inma BAYARRI y Rafael MARTINEZ, “Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas: Entre la Necesidad y el Rechazo”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *op. cit.*, pp. 83-119.

<sup>240</sup> Adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Véase su texto en [www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm)

<sup>241</sup> Ante la fuerza creciente de las ESP, ya se percibía en la sociedad civil la necesidad de vigilar, controlar e investigar a este tipo de empresas y otorgar a la ONU un papel primordial en esta problemática. Vid. Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of and Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 50-78.

<sup>242</sup> Ya en 1979 la Asamblea General de la ONU, había aprobado mediante su resolución 34/169, un Código de Conducta para funcionarios responsables de hacer cumplir la ley. En su primer artículo se señala que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión”.

<sup>243</sup> Véase [http://tribunalconstitucional.gov.bo/descargas/articulos/JPUF\\_WRA.pdf](http://tribunalconstitucional.gov.bo/descargas/articulos/JPUF_WRA.pdf)

## *Capítulo II*

El principio 7 de dicha Declaración señala que los Estados debían adoptar todas las medidas necesarias para que en sus legislaciones internas se castigue como delito el empleo arbitrario, desmedido o abusivo de la fuerza y de las armas de fuego por parte de los funcionarios responsables de hacer cumplir la ley. Por su parte, el artículo 8 establece que no se podrán usar la fuerza y las armas de fuego para violar estos Principios Básicos, aún en casos de inestabilidad política interna u otra situación excepcional.

Estos Principios, adoptados al término de la Guerra Fría, intentaron abrir un espacio para que el Estado volviera a asumir su responsabilidad en el empleo de la fuerza y las armas de fuego. Si bien dicha Declaración de Principios estaba dirigida a sus órganos policiales, esto no impedía que pudiera ser aplicada a las ESP interesadas en el empleo de las armas de fuego. Es importante resaltar que, en ese tiempo, la proliferación de ESP hacía imposible que el Estado tuviera control efectivo sobre ellas, y permitía que establecieran sus propios estándares internos.

Así, para la contratación de personal, las ESP partieron de referencias a través de bancos de datos y redes profesionales de la seguridad que guardaban registrados los nombres de ex policías o ex militares, y de personal en activo, sin importar en muchas ocasiones su historial o conducta. En el transcurso de la última década del siglo XX, numerosas ESP lograron ser registradas legalmente en sus Estados de origen (principalmente en Estados Unidos y Reino Unido).

Con esta legalidad, las ESP comenzaron a ser contratadas por los Estados o por organizaciones internacionales intergubernamentales o no gubernamentales (ONG), así como por compañías transnacionales y globales. Por otro lado, las ESP consideraban que, pese a la percepción negativa sobre los mercenarios, éstos resultaban necesarios para cumplir con sus fines, principalmente en escenarios de guerra<sup>244</sup>. Esto explica en

---

<sup>244</sup> Las primeras medidas contra los mercenarios se adoptaron desde finales del siglo XIX, y se referían a la obligación de los Estados de respetar la neutralidad. En el V Convenio de La Haya de 1907 sobre los derechos y deberes de las potencias y las personas neutrales en caso de guerra terrestre, se hacía referencia a esa cuestión. Así, desde la propia formación del Derecho internacional, las actividades consideradas como mercenarias estuvieron relacionadas con el principio de no intervención, y por tanto con conceptos tales como agresión y guerra. Cabe agregar que el principio de Neutralidad se aplica tanto a conflictos armados internos como internacionales. Ya en el siglo XX se había adoptado el 20 de febrero de 1928 la Convención sobre los deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles, en la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana.

gran medida el rechazo de las ESP hacia otros aspectos de seguridad nacional o colectiva, y por tanto no tomaban en consideración las cuestiones de fondo que provocan los conflictos, ya sean internos o internacionales. El objeto principal de estas empresas consiste en obtener el mayor beneficio económico de las tareas por las que son contratadas, buscando a toda costa la ganancia particular, tal como actuaría un mercenario.

En este sentido, citando a Laguna Sanquirico, desde la aparición de este fenómeno a principios de los años noventa poco se ha avanzado para encontrar un concepto actual de mercenario, pues no se puede seguir confundiendo con el de combatiente, en la medida en que éste también percibe un sueldo y gratificaciones por su labor, aunque sus ingresos no sean tan altos como los obtenidos por los mercenarios<sup>245</sup>. Por otro lado, un posible factor que podría establecer la diferencia entre ambos es el principio de compromiso con el que participan en un determinado conflicto, e indudablemente la posible responsabilidad política y militar que tienen en sus respectivas labores. Es conveniente anotar que, para dicho autor, el mercenario actual prefiere actuar en grupos organizados, o mejor dicho, creando ESP con la finalidad de proveer servicios militares especializados.

Así, ante las diversas interpretaciones que surgían para el concepto de mercenario y ante la complejidad que presentaba dicho término<sup>246</sup>, la comunidad internacional optó, sin pronunciarse abiertamente, por continuar con el concepto empleado por la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 1989<sup>247</sup>, siendo considerando como mercenario aquella persona que tiene una participación directa en el conflicto armado, pero sin estar integrado en las fuerzas armadas correspondientes, y que únicamente está interesado en el beneficio económico que pudiera generarle ser contratado.

El reforzamiento que supuso la Convención sobre mercenarios de 1989 fue acompañada también por la constante preocupación manifestada entre la Comunidad Internacional por reafirmar la responsabilidad de los Estados en mantener el monopolio del uso de la

---

<sup>245</sup> Francisco LAGUNA SANQUIRICO, *op. cit.*, p.51.

<sup>246</sup> El mercenarismo es un crimen internacional. Vid. Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, *El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacionales: modalidades*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>247</sup> Esta Convención fue firmada el 4 de diciembre de 1989, y entró en vigor el 20 de octubre de 2001. UNTS, vol.2163, n° I-37789, p.75. Vid. su texto completo en [www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_sp.asp?year=1980](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?year=1980)

fuerza, emitiendo normas y haciendo valer reglamentaciones sobre el uso de armas de fuego destinadas a sus instituciones policiales. Este clamor internacional, sin embargo, entraría en un estancamiento ante la política asumida por los Estados más poderosos de apoyar el fortalecimiento de las ESP.

Fue precisamente con la guerra del Golfo Pérsico de 1991 entre Estados Unidos y el régimen iraquí de Saddam Hussein cuando las empresas privadas militares comenzaron a experimentar un crecimiento desmedido y sin ninguna regulación, debido a que se puso en evidencia nuevamente la dificultad de aplicar los esquemas y estructuras del sistema de seguridad colectiva internacional diseñados en el marco de la institucionalidad internacional desde 1945, no obstante el término de la Guerra Fría. Por otro lado, el conflicto iraquí sacó a la luz pública internacional el impresionante desarrollo en las últimas décadas de la tecnología militar avanzada (producción de vectores balísticos con capacidad para transportar armas de destrucción masiva: nuclear, química o bacteriológica), y en particular, el empleo masivo de la denominada alta tecnología<sup>248</sup>.

De hecho, este conflicto bélico involucró el uso de una amplia gama de sistemas de armas y municiones inteligentes nunca antes puestos en operación en situaciones de combate real, pues la Guerra Fría había impedido su utilización. Por otro lado, demostró que un número considerable de Estados medianos habían aumentado significativamente su capacidad militar, disminuyendo la brecha armamentista convencional con las Grandes Potencias<sup>249</sup>.

Aún más, la Primera Guerra del Golfo Pérsico de 1991 representó para la mayoría de los Estados una nueva realidad estratégica y de seguridad, la cual generó considerables desafíos políticos, económicos<sup>250</sup> y especialmente en sus organizaciones de defensa, así como la necesidad de adecuarse efectivamente a posibles situaciones que sin ser

---

<sup>248</sup> Una manifestación importante de la alta tecnología es la guerra electrónica, que comprende al menos la disputa por el control y empleo del espectro electromagnético para fines de detención, comunicaciones y enmascaramiento. Cfr. Miguel NAVARRO, *Tecnología Militar y seguridad en las potencias medias*, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 401-426.

<sup>249</sup> Los principales vendedores de armas son precisamente los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Rusia, Francia, Reino Unido y China), seguidos por Alemania, Italia, Suecia y Holanda. Los mercados principales son el Oriente Medio, India y Japón. Miguel NAVARRO, *Tecnología Militar y seguridad en las potencias medianas*, op. cit., pp. 420-425.

<sup>250</sup> Vid. Paul KENNEDY, *Preparing for the Twenty First Century*, Random House, Nueva York, 1993, pp. 5-79.

confrontaciones armadas directas, sólo podían ser cubiertas con una tecnología apropiada y actualizada<sup>251</sup>.

Esto tuvo un especial relieve para aquellos Estados que, tras la quiebra formal o de hecho de varios esquemas de seguridad colectiva<sup>252</sup>, buscaron acuerdos con las Grandes Potencias para incrementar su seguridad individual y, al mismo tiempo, destacar su propio valor en términos estratégicos y militares.

De esta manera, en una perspectiva política más amplia, el inicio del clima de unimultipolaridad de la posguerra fría estuvo acompañado por el incremento de la problemática en la seguridad de los Estados, situación que se reflejó en la recomposición de los sistemas de alianzas y de seguridad colectiva regional, así como en las OMPs de la ONU.

En cuanto al proceso de la privatización del uso de la fuerza armada, el nuevo orden internacional unimultipolar permitió que creciera considerablemente y sin ningún marco jurídico la contratación de ex profesionales de la seguridad por parte de las ESP, fenómeno fácilmente observable en Reino Unido, Estados Unidos y otros países europeos<sup>253</sup>.

Hay que recordar que las ESP se han caracterizado desde su aparición por una gran facilidad para desplazarse de un Estado a otro cuando lo consideran conveniente, sobre todo en el momento en que un Estado les impone restricciones, razón por la cual pueden

---

<sup>251</sup> Desde el fin de la Guerra Fría los Estados más desarrollados han actualizado constantemente la tecnología militar: así por ejemplo, Estados Unidos desarrolló el Land Warrior Styker Interoperability; Australia, el programa llamado LAND 125 Wundurra; en Reino Unido destaca el proyecto “el futuro Soldado de Infantería”; y en España, el programa “Combatiente del Futuro”. Vid. Javier DE MAZARRASA COLL, “El combatiente del tercer milenio”, *Revista Española de Defensa*, nº 203, enero de 2005, pp. 50-60.

<sup>252</sup> Entre ellos, el Pacto de Varsovia. Por ello, los Estados de Europa del Este iniciaron desde los años noventa un proceso de integración en la OTAN, y otros Estados del Extremo Oriente y del subcontinente indio incrementaron y modernizaron sus estructuras y esquemas de defensa. Miguel NAVARRO, *op. cit.*, pp. 423-425.

<sup>253</sup> En la Guerra del Golfo de 1991, uno de cada 50 soldados estaba contratado por empresas privadas; posteriormente, en la guerra de las ex Yugoslavia el número se incrementó hasta la proporción de uno a diez. Esta tendencia siguió observándose en diversos lugares en conflicto, como Angola, Colombia y Sierra Leona. Vid. José GÓMEZ DEL PRADO, “Los nuevos mercenarios del siglo XXI”, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, *op. cit.*, p.24; y en general sobre el fenómeno véase Mario LABORIE IGLESIAS, *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012.



crear sucursales en otros Estados: un ejemplo de ello fue Sandline International<sup>254</sup> (de origen británico, y desaparecida en 1998), que instaló su sede social en las islas Bahamas, considerada como un paraíso fiscal<sup>255</sup>.

Generalmente, las ESP mantienen en secreto sus actividades y carteras de posibles clientes, al no haber legislación mercantil internacional que regule sus acciones y, por tanto, no son inspeccionadas por ninguna organización internacional ni organismo afín. Cabe agregar que las ESP constituían en Estados Unidos ya desde mediados de la década de los años noventa la segunda fuerza militar más importante, sólo por detrás del ejército estadounidense, y sus contratos incluían múltiples labores para la seguridad privada, logística, construcción, alimentación y comunicaciones.

Así, la privatización de la guerra representaba un gran negocio por descubrir. De igual forma, en Reino Unido las ESP fueron teniendo cada vez mayor participación, tanto interna como externamente. En particular, Sandline International recibió en 1997 un contrato particular para explotar y recuperar concesiones en minas de diamantes en Sierra Leona, tras el golpe militar que sacudió a ese país. Dicha empresa tenía el compromiso de vender armamento a las fuerzas del ex presidente, violando así el embargo impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante su resolución 1171, de 5 de junio de 1998.

Por otro lado, ante el reacomodo ideológico, político y militar de los distintos sistemas de seguridad colectiva desde el fin de la Guerra Fría y el ascenso del unimultilateralismo, la Carta de la ONU entró en un continuo proceso de intentos de reforma para tratar de definir el papel del Estado en cuestiones de seguridad internacional<sup>256</sup>.

En este sentido, la Comunidad Internacional, representada en la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró oportuno reactivar el proceso de reforma de dicha Carta, no sólo para adaptarla a las circunstancias actuales, sino para analizar el papel del

---

<sup>254</sup> Vid. Christopher KINSEY, *Corporate soldiers and international security: the rise of private military companies*, Routledge, Londres, 2006, pp. 83-84.

<sup>255</sup> Vid. Lilly DAMIAN, "Regulating Private Military Companies: The Need for a Multidimensional Approach", *Alerta Internacional*, Londres, 2002, disponible en [www.fco.gov.uk/Files/kfile/prnclilly.pdf](http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/prnclilly.pdf)

<sup>256</sup> Vid. Louis PERRET, *La OEA en el centenario del sistema interamericano*, UNAM, México, 1992, pp. 4-50.

Estado como principal sujeto de las relaciones internacionales. Es decir, como hemos señalado, el papel del Estado había entrado en otra dinámica, una vez terminada la Guerra Fría<sup>257</sup>.

Empezaba a observarse cómo los Estados en general habían perdido soberanía hacia arriba, dicho de otro modo, hacia la formación de un gobierno mundial representado en instituciones y organizaciones regionales, internacionales o globales; y esto también sucedía en la otra perspectiva, hacia abajo, en lo interno, hacia sus propios dominios territoriales y distritales, y principalmente con respecto a los actores no estatales como las ONGs y las empresas privadas multinacionales -incluyendo el sector militar-, las cuales constituyen ya bloques integrantes de la arquitectura de la gobernanza global<sup>258</sup>.

Pero además, este proceso de reforma para adoptar el nuevo esquema de seguridad de la ONU se enfrenta ahora al abierto unilateralismo de la superpotencia americana, que se opone a reglas básicas del Derecho internacional e impone nuevas con la doctrina de la prevención además de que, como hemos señalado, asume la visión de “seguridad colectiva hegemónica estadounidense”. Cabe recordar que, desde tiempo atrás, el modelo de la ONU dejó de ser la prioridad en cuestiones decisivas para Washington. La poca disposición de las grandes potencias por democratizar la organización ha sido el reflejo de la crisis del multilateralismo que predomina en las relaciones internacionales<sup>259</sup>.

Esto explica la actitud crítica del gobierno estadounidense respecto a la organización internacional. Por otro lado, los principios de seguridad colectiva basados en la soberanía absoluta del Estado y en defender el *statu quo* planteados por la ONU desde 1945 se han transformado en un obstáculo constante para Estados Unidos y otros países capitalistas europeos<sup>260</sup>. El hecho de que los Estados pudieran organizar sus economías

---

<sup>257</sup> Vid. Louis PERRET, *op.cit.*, pp.4-50.

<sup>258</sup> Vid. Sonia GÜELL PERIS, “El papel de las ONG, ETN y EMSP en la resolución de crisis relacionadas con la seguridad internacional. Una perspectiva desde el Derecho internacional”, en Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA (Coord.), *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuaderno de Estrategia nº147, Instituto Español de Estudios Estratégicos, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pp. 24-73.

<sup>259</sup> Vid. José Luis VALDÉS-UGALDE y Jéssica CASCANTE, *El multilateralismo, la reforma de la ONU y los desafíos del siglo XXI*, UNAM, México, 2007, pp. 17-58.

<sup>260</sup> Vid. Phyllis BENNIS, *Desafiando al Imperio: resistencias de los pueblos, gobiernos y la ONU al poder norteamericano*, Transnational Institute, 2006, pp. 79-83, en

según sus propias políticas podía perjudicar a las grandes empresas multinacionales estadounidenses que dependían de si las disposiciones internas daban libertad a los operadores financieros externos y, además, otorgaban a las empresas extranjeras el derecho de comprar las industrias nacionales. El discurso universal de los Derechos Humanos limitó por un tiempo este proyecto, pero en la actualidad la doctrina estadounidense de lucha contra el terrorismo a inicios del siglo XXI está siendo utilizada con esa finalidad.

En este contexto se plantea el dilema sobre cómo los Estados pueden participar políticamente en las instancias multilaterales; para algunos, la respuesta está en seguir con la integración de bloques regionales en el nivel económico, político y comercial, como camino no sólo para tratar de contrarrestar el poder de las grandes potencias, sino también para formular condiciones que permitan un cierto equilibrio en el sistema internacional.

Fuera del ámbito de la ONU algunos organismos como Amnistía Internacional exigen participar en la reforma de la Carta de 1945<sup>261</sup>. En sus propuestas se señala la necesidad de incrementar la acción y participación de las Organizaciones No Gubernamentales<sup>262</sup>, las cuales reflejan un importante desarrollo efectivo de la democracia al ser parte de la denominada “sociedad civil”<sup>263</sup>. Por ello, reclaman una mayor representatividad jurídica en la toma de decisiones dentro de la organización universal.

---

<http://www.tni.org/es/tnibook/desafiando-al-imperio-ebook>; y Joana ABRISKETA, “El derecho internacional como alternativa a la fuerza armada”, en Mariano AGUIRRE y Mabel GONZÁLEZ (coords.), *Anuario CIP: De Nueva York a Kabul*, Icaria Editorial, Barcelona, 2002, pp. 51-66.

<sup>261</sup> Kofi ANNAN, “En mayor libertad: La hora decisiva en la ONU”. *Foreign Affairs* en español, vol. 5, número 3, julio-septiembre de 2005, [www.foreignaffairs-esp.org](http://www.foreignaffairs-esp.org)

<sup>262</sup> Vid. Angel MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS (coord.), *Visión Global de la cooperación para el desarrollo: la experiencia internacional y el caso español*, Icaria Editorial, Barcelona, 1997, pp. 352-355.

<sup>263</sup> Sobre el concepto de Sociedad Civil véanse, por ejemplo, L. PÉREZ-PRAT DURBAN, *Sociedad Civil y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Laura BACA OLAMENDI *et al.*, *Léxico de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 699 y ss.



## **CAPÍTULO III**

### **LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA (ESP) EN EL CONTEXTO DE LA POSGUERRA FRÍA**

#### **INTRODUCCIÓN**

Paralelamente a los intentos de reforma de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas a mediados de la década de los años noventa del siglo XX, y como consecuencia inmediata del fin de la Guerra Fría, las ESP experimentaron un gran crecimiento al participar activamente en la resolución de diversos conflictos regionales. En el continente africano, por ejemplo, las ESP estuvieron involucradas en las más diversas actividades militares sin ningún tipo de restricciones en complicidad con las autoridades estatales, lo que condujo a la imperante necesidad de establecer una normativa internacional destinada a regular el comportamiento transfronterizo de dichas ESP.

#### **III.A. El Estado y las ESP: los primeros intentos de regulación internacional**

En esta época, el desinterés de las grandes potencias por intervenir en conflictos que no fueran de su interés estratégico inmediato y la escasa capacidad de la ONU para movilizar fuerzas militares de combate facilitaron el aumento de las actividades de las compañías privadas de seguridad y de mercenarios, principalmente en Costa de Marfil, Sierra Leona y Angola, Estados éstos azotados por cruentas guerras civiles desde que consiguieron su independencia política<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Vid. Fabián NIEVAS, “Guerras en África”, en Mariana MAAÑÓN y Fabián NIEVAS, *Aportes para una sociología de la guerra*, Proyecto editorial, Buenos Aires, 2007, pp. 150-170; y Mario A. LABORIE IGLESIAS, “La controvertida contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la resolución de conflictos” en Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA (Coord.), *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuaderno de Estrategia nº147, Instituto Español de Estudios Estratégicos, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pp.76-138. Si bien el recurso a contratar soldados para luchar en conflictos armados ya se venía produciendo al

En la última década del siglo XX, las primeras ESP que actuaron en guerras civiles fueron, por ejemplo, la sudafricana Executive Outcomes, la israelí Levdan, la británica Sandline International y la estadounidense Military Professional Resources Incorporated (MPRI)<sup>265</sup>. Todas intervinieron directamente en la crisis generalizada del Estado africano, especialmente en aquellos Estados donde estaban en riesgo importantes intereses estratégicos, políticos, económicos y comerciales.

Poco después fueron creadas las ESP DynCorp, Vinell (propiedad de Dick Cheney), Defense Systems Limited (DSL), Saladyn Security, Control Risks Group, Braddock Integrated Security System, Science Applications International Corp. (SAIC) y Dunn and McDonald Corporation, ICI de Oregon y Logicon, perteneciente al grupo de Northrop Grumman. Otras ESP fueron instaladas en áreas estratégicas como Barbados y las islas Bahamas en el Caribe por empresarios ex militares estadounidenses con la finalidad de escapar de todo tipo de impuestos, así como de cualquier otra normativa que pudiera perjudicarlo<sup>266</sup>. A este fenómeno se le denominó “la fuga legal de las ESP”. Esta situación permitiría a los empresarios ex militares huir automáticamente de la aplicación de sus respectivas legislaciones internas, lo que se convertiría en una característica que identifica en todo momento a una ESP<sup>267</sup>.

Ahora bien, de todas las ESP que participaron en las guerras internas en África, el caso de la empresa Executive Outcomes fue el más fructífero. Establecida en 1989 por ex militares sudafricanos, su primer contrato con compañías petroleras instaladas en Angola consistió en proporcionar seguridad a ciertas zonas que estaban en manos del grupo guerrillero “Unidad Nacional para la Independencia Total de Angola” (UNITA). El éxito obtenido en este acuerdo le valió a Executive Outcomes dos contratos millonarios con el gobierno angoleño, pues éste había expresado que las diferentes

---

menos desde la Baja Edad Media en Inglaterra o Italia –llegando al punto de que, a finales del siglo XVIII, hasta un 30% de las fuerzas armadas de los Estados europeos estaban compuestas por mercenarios-, ciertamente el fenómeno contemporáneo de contratar empresas privadas para prestar servicios militares y de seguridad ha eclosionado desde los años noventa del siglo XX. Cfr. Chia LEHNARDT, *op.cit.*, p. 1.

<sup>265</sup> Vid. Martin BINDER, “Norms versus Rationality: Why Democracies Use Private Military Companies in Civil Wars” en Thomas JÄGER y Gerhard KÜMMEL (eds), *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, VS Verlag, Wiesbaden, 2007, pp.307-321.

<sup>266</sup> Rolf UESSELER, *La guerra como negocio: Cómo las empresas militares privadas destruyen la democracia*, editorial Norma, Madrid, 2007, pp. 40-162.

<sup>267</sup> Lindsey CAMERON, ““Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, número 863, septiembre de 2006, pp.581-582.

acciones de la ONU no habían dado ningún resultado positivo. En su mejor momento, Executive Outcomes llegó a estar presente en más de treinta Estados Africanos, con cerca de quinientos empleados en Angola y Sierra Leona<sup>268</sup>.

En 1995, el gobierno de Sierra Leona contrató a Executive Outcomes para efectuar una campaña de aproximadamente dos años de duración por la cantidad de 35 millones de dólares<sup>269</sup>. Esta operación, que dio como resultado el proceso de negociación con el movimiento rebelde Frente Unido Revolucionario (RUF), fue menos costosa que el despliegue de observadores militares de la ONU durante ocho meses de labores ininterrumpidas<sup>270</sup>.

Para esta época, y como señala Singer, la complejidad del fenómeno de la privatización hacía que las ESP ya pudieran clasificarse de acuerdo con su actividad: así por ejemplo, estaban las empresas dedicadas al suministro de personal (*Military Provider Firms*); las empresas privadas de seguridad encargadas tanto del adiestramiento de los ejércitos nacionales como del diseño de estrategias militares (*Military Consultant Firms*); y finalmente, las empresas de logística militar (*Military Support Firms*), cuya actividad consistía en el entrenamiento de personal no armado. En la mayoría de los casos, estas empresas incluían la asistencia necesaria para que sus contratantes pudieran lograr las metas propuestas (comúnmente proyectos militares, ya ofensivos o defensivos)<sup>271</sup>.

Siguiendo esa clasificación, la ESP sudafricana Executive Outcomes y la británica Sandline International se podrían caracterizar como empresas exclusivas para el suministro de personal con una participación activa en la línea de combate, es decir, con personal que interviene directamente en las hostilidades<sup>272</sup>. Igualmente, la ESP Dyncorp se responsabilizó en 1996 de todo tipo de contrataciones para integrar las fuerzas civiles de la ONU durante la guerra de Bosnia-Herzegovina<sup>273</sup>. La mayoría de los efectivos

---

<sup>268</sup> Vid. Pierre CONESA, “Modernes mercenaires de la sécurité”, *Le Monde Diplomatique*, abril 2003, en [www.monde-diplomatique.fr/2003/04/CONESA/10080](http://www.monde-diplomatique.fr/2003/04/CONESA/10080)

<sup>269</sup> Vid. Eeben BARLOW, *Executive Outcomes: against all odds*, Galago books, Kent, 2007, pp. 20-540.

<sup>270</sup> La participación de Executive Outcomes en África es analizada por Guy ARNOLD, *The New South Africa*, Macmillan, Londres, 2000, p.173.

<sup>271</sup> Peter W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Nueva York, 2003, p. 181.

<sup>272</sup> Uno de los más interesantes estudios sobre las actividades de Executive Outcomes estuvo a cargo de Matthew EVANGELISTA, *Law, ethics and the war on terror*, Polity Press, Cambridge, 2008, pp. 143-150.

<sup>273</sup> “En Bosnia, los empleados de DynCorp fueron descubiertos cuando operaban una red que obligaba a jóvenes mujeres a prostituirse después de que les confiscaban sus pasaportes. En Croacia, grupos locales

contratados que participaron en esa misión -de diversas nacionalidades, y principalmente africanos- recibieron salarios muy elevados en corto tiempo, lo que estimuló el crecimiento de personal militar privado en un nivel internacional.

En la guerra de Kosovo de 1999, Dyncorp contrató soldados para vigilar la retirada de las tropas serbias de dicho territorio<sup>274</sup>. Otra importante empresa estadounidense de seguridad privada internacional, Military Professional Resources Incorporated (MPRI), entrenaba al ejército de Bosnia<sup>275</sup>, y Carl E. Vuono, vicepresidente de dicha empresa, había firmado un contrato con el gobierno de Croacia con el mismo propósito<sup>276</sup>.

En consecuencia, la guerra en la ex Yugoslavia se privatizó. Las ESP dominaban todo tipo de escenario militar o de observación en la región, situación que se acentuó con la aprobación del gobierno estadounidense de contratar a Dyncorp para encargarse de la estabilidad en territorio ex yugoslavo<sup>277</sup>, así como para apoyar a observadores civiles de la Organización de Seguridad y Cooperación Europea (OSCE), entre otras organizaciones intergubernamentales en dicho conflicto.

Por su parte, las autoridades de la entonces República Federativa de Yugoslavia habían denunciado ante el Consejo de Seguridad de la ONU que mercenarios de origen musulmán, entrenados y pagados en Albania, Macedonia y Chechenia, integraban comandos especiales privados en el Ejército de Liberación de Kosovo<sup>278</sup>. Es lo que se conoció como “la externalización privada del conflicto yugoslavo”.

---

entrenados por MPRI pusieron en práctica lo que aprendieron para llevar a cabo uno de los peores episodios de “limpieza étnica”, un evento que dejó más de 100 mil desplazados y cientos de muertos, y que derivó en la acusación de crímenes de guerra. Ningún empleado de estas compañías ha sido acusado por los incidentes”. Leslie WAYNE, “Cuando los pretorianos se hacen cargo” *Revista Cambio*, México, 11 de diciembre de 2002, p. 1, en [www.elchenque.com.ar/artdoc/03/pretorianos.htm](http://www.elchenque.com.ar/artdoc/03/pretorianos.htm)

<sup>274</sup> Vid. Gerardo SÁNCHEZ NAVARRO, *El peor presidente*, deauno.com, 2008, pp. 205-210.

<sup>275</sup> “MPRI puede proporcionar el mejor ejemplo de cómo oficiales retirados calificados sacan provecho de su entrenamiento militar. La nómina de la empresa incluye al general Carl E. Vuono, ex jefe de las fuerzas armadas que encabezaron la invasión a Panamá y la Guerra del Golfo; el general Crosbie E. Saint, ex comandante del Ejército de Estados Unidos en Europa, y el general Ron Griffith, ex vicejefe de las Fuerzas Armadas. También hay docenas de generales de alto rango jubilados, un almirante y ex militares que sobrepasa las 10 mil personas, incluso fuerzas especiales de élite, pendientes de ser llamadas y listas para ser asignados en algún puesto”. Vid. Leslie WAYNE, “Cuando los pretorianos se hacen cargo” *Revista Cambio*, op. cit., p.1.

<sup>276</sup> Peter W. SINGER, *Corporate Warriors*, op. cit., pp. 185-190.

<sup>277</sup> Vid. Francisco VEIGA, *Slobo: una biografía no autorizada de Milosevic*, Debate, Barcelona, 2004, pp. 450-452.

<sup>278</sup> Vid. *Informe sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, presentado por*



En otros Estados, Dyncorp buscó pilotos con experiencia en F-18 para operar en los Emiratos Árabes Unidos y Kuwait, así como policías retirados para operar en Haití. En 1997 Sandline International fue contratada por el gobierno de Papúa Nueva Guinea, en el Pacífico Sur, para combatir a un grupo armado de la isla de Bougainville. El contrato ascendía a 36 millones de dólares por tres meses, e incluía -entre otras funciones- la contratación de mercenarios y un complejo equipo de asistencia militar<sup>279</sup>.

En ese tiempo, Dyncorp era considerada como una de las más importantes ESP en el suministro de servicios tecnológicos y de servicios, no sólo en Estados Unidos sino en el mundo. Sus innovaciones se extendían a todos los campos de la ciencia, como la ingeniería y la administración tecnológica en apoyo técnico y logístico. Así, Dyncorp se consolidó en 1997 como la empresa líder de un total de 70 ESP con capacidades globales<sup>280</sup>.

Doug Brooks, presidente de la Asociación de Operaciones Internacionales para la Paz (AOIP)<sup>281</sup>, un grupo de presión que contaba entre sus miembros con importantes compañías de seguridad privada como Sandline y Armorgroup, entre otras, y con sede en Estados Unidos, consideraba esencial la disminución y privatización de los ejércitos estatales<sup>282</sup>. Además, calificaba a las ESP como entidades con gran potencial

---

*el Relator Especial de la Comisión de los Derechos Humanos* –doc.A/49/362, 6 de septiembre de 1994, anexo, pp. 54-63-.

<sup>279</sup> Un análisis sobre el papel de las empresas militares privadas en el Derecho Internacional puede verse en Frank HEEMANN, *Privatising the military use of force: Responsibilities of states and international organizations under international law*, Master Thesis, Grin Verlag, Múnich, 2006, p.148 y ss.

<sup>280</sup> Para consultar los antecedentes de Dyncorp y toda su estructura véase <http://www.dyn-intl.com/>

<sup>281</sup> Vid. Sinfo FERNÁNDEZ, “Soldados, mercenarios y empresarios: la privatización de la guerra en el Iraq ocupado”, en [www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo\\_7-03-04.html](http://www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo_7-03-04.html)

<sup>282</sup> De acuerdo con la AOIP, ahora llamada ISOA (International Stability Operations Association), el Código de Conducta para las empresas afiliadas, aprobado el 5 de agosto de 2011, es promover altos estándares en favor del sector de la industria militar privada, así como servir a la paz, el desarrollo y la seguridad humana.

económico<sup>283</sup>, con mejores resultados en capacidad de acción que los ejércitos estatales y sin la presión del Derecho internacional<sup>284</sup>.

Para Brooks, las ESP eran más controlables y principalmente llenaban el vacío de actuaciones y la falta de prioridad de los Estados para asumir la responsabilidad de establecer operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU, a pesar del citado proceso de reforma para la actualización de las operaciones para el mantenimiento de la paz iniciado formalmente en 1992.

De esta forma, la AOIP fue obteniendo más aceptación principalmente entre los Estados africanos y algunos Estados del sureste asiático. La AOIP promovía la creación de “operaciones internacionales de paz” a cargo de servicios militares privados, sin preocuparse de las denuncias y reclamaciones de la población civil perjudicada, ni de los llamamientos internacionales llevados a diversos foros de discusión como la propia Asamblea General de la ONU<sup>285</sup> y algunos organismos de carácter regional, donde se planteaba la preocupación por las actividades militares de estas empresas en las zonas de conflicto.

A finales de los años noventa, las ESP ofrecían una amplia gama de funciones: las más elementales incluían la preparación masiva de alimentos, limpieza de vestuario e instalaciones, así como programas de relajación física y mental. Por otro lado, las actividades de alto riesgo incluían edificación de bases militares y civiles o el mantenimiento de armamento en sistemas aéreos como los bombarderos B-2 y otras aeronaves militares; además, realizaban el cuidado intensivo de equipos especializados en informática y telecomunicaciones.

Así, ante el proceso de globalización mundial, la guerra se privatizaba y más gobiernos se interesaban en contratar estas empresas para resolver sus conflictos militares internos,

---

<sup>283</sup> Ya durante la administración Clinton se afirmaba lo siguiente: “Los contratistas son indispensables - señalaba John Hamre, Subsecretario de Defensa de la administración Clinton- ¿Habrán más en el futuro?. Sí, y no solamente se encargarán de la cocina en campaña. Esto significa más negocios y beneficios para los contratistas que desempeñan tareas tan mundanas como el mantenimiento de las barracas de las tropas de ultramar, tan sofisticadas como los sistemas de armamento en operación o tan secretas como los grupos de inteligencia asentados en África. Muchos operan cerca o incluso en las líneas de combate próximas, lo que provoca inquietud entre los estrategas militares”. Vid. Leslie WAYNE, “Cuando los pretorianos se hacen cargo” *Revista Cambio*, *op.cit.*

<sup>284</sup> Los datos de la citada organización se encuentran disponibles en [www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo\\_7-03-04.html](http://www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo_7-03-04.html)

<sup>285</sup> Véanse, por ejemplo, sus resoluciones 52/112, de 12 de diciembre de 1997, y 53/135, de 1 de marzo de 1999.

sin considerar las implicaciones que traía consigo, como por ejemplo el fortalecimiento del mercenarismo, incluido aparentemente en sus ofertas. Y estas compañías proveían – y proveen- servicios no solamente a Estados sino también a organizaciones internacionales y a todo tipo de actores no estatales, como corporaciones transnacionales, organizaciones no gubernamentales (ONG) e incluso a personas particulares.

Es este expansionismo desregularizado y las complejas funciones de las empresas internacionales de seguridad privada lo que condujo a que fueran fuertemente criticadas por la justicia internacional, que sacó a la luz el enorme descuido legislativo, tanto en el nivel interno de los Estados como en el nivel internacional, en torno a la participación de estas empresas en los conflictos militares.

En Europa, concretamente en el **Reino Unido** surgió el primer proyecto legislativo encaminado a regular las ESP: El 12 de febrero de 2002 la Cámara de los Comunes publicó un estudio en relación con las ESP, en donde se analizaban las actividades de estas empresas tanto en territorio británico como fuera de él<sup>286</sup>. El citado documento trató de sentar ciertas bases jurídicas y políticas para dirigir los futuros debates sobre los “nuevos mercenarios” y su participación en las llamadas crisis de baja intensidad, así como establecer una reflexión política ante este complejo fenómeno de finales del siglo XX.

El documento británico señalaba varias propuestas para regular las asociaciones militares y de seguridad privadas en el extranjero, entre las que se discutieron las siguientes:

- 1) Prohibir actividades militares en el extranjero.- Dicha medida fue desechada casi de inmediato debido a que se consideraba que iba contra los negocios militares, teniendo en cuenta que las empresas militares constituían una parte importante en la exportación;
- 2) Prohibir el reclutamiento para desarrollar actividades militares en el extranjero.- Esta medida fue fuertemente cuestionada al generalizar la problemática, es decir, dejaba de

---

<sup>286</sup> “Private Military Companies: Options for regulation”, HC577, Londres, 2002, disponible en [www.official-documents.gov.uk/document/hc0102/hc05/0577/0577.pdf](http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0102/hc05/0577/0577.pdf); véase Pierre CONESA, “Hacia la privatización de las guerras”, *Le Monde Diplomatique*, edición española, 2003, en [monde-diplomatique.es/2003/04/conesa.html](http://monde-diplomatique.es/2003/04/conesa.html)

lado cuestiones importantes como la prevención de transferencia de personal entre empresas militares privadas. Por otro lado, dichas empresas podrían evadir las normas fiscales, e incluso anunciarse con regularidad por Internet;

3) Establecer un régimen de licencias para poder proporcionar servicios militares.- De acuerdo con esta disposición, las empresas estarían obligadas a tramitar una licencia para los contratos de servicios y actividades militares relacionadas con la seguridad en el extranjero. En esta misma situación, las empresas y los individuos tendrían que solicitar permiso para la exportación de armas, creando por tanto problemas de fiscalización, cambios en las licencias e inevitablemente la evasión a paraísos fiscales por parte de aquellas empresas militares privadas que no estuvieran dispuestas a cumplir esa medida;

4) Instaurar su Inscripción y Notificación.- Con esta medida, las autoridades estatales podrían aprobar o rechazar una licencia para contratos particulares, pero traería inconvenientes a otras disposiciones;

5) Establecer una licencia general para las empresas militares y de seguridad privada.- Con dicha disposición, las autoridades gubernamentales podrían otorgar una licencia tanto para la propia empresa como para sus actividades. Para las autoridades británicas, ello daría cierta credibilidad a tales empresas, pero se correría el riesgo de que el gobierno no dispusiera de informes precisos sobre las actividades de dichas empresas.

6) Promover la autorregulación y la creación de un Código de Conducta.- Esta medida pretendía que las empresas militares y de seguridad privada se unieran de forma voluntaria al respeto de los derechos humanos, del Derecho internacional humanitario y de la soberanía nacional. Esta propuesta permitiría a los Estados sancionar a aquellas empresas que cometieran delitos relacionados principalmente con la violación de los derechos humanos y las normas del Derecho internacional humanitario. Pero esta disposición era difícil de establecer debido al rechazo de las empresas militares a cualquier sistema de regulación de sus conductas.

Este documento británico -llamado *Green Paper*- señalaba que, de conformidad con el Derecho internacional humanitario, la responsabilidad aplicada a los militares acusados de crímenes de guerra se aplicaría también a todos los empleados de las empresas

militares y de seguridad privada involucrados en un enfrentamiento armado. Además, este *Green Paper* indicaba que un Estado frágil difícilmente podría estar en una situación de superioridad en relación con el control de las empresas militares y de seguridad privada, y por tanto con capacidad para exigir responsabilidades a estas empresas por sus actos. El documento en general fue pospuesto para su revisión, en donde al parecer, las autoridades británicas estarían considerando otras propuestas, sin dejar de lado el progreso en la regulación de las empresas militares privadas<sup>287</sup>.

Asimismo, en otros Estados también se comenzaron a introducir medidas para el control de las empresas militares y de seguridad privada, entre ellos **Sudáfrica**. En dicho Estado se había aprobado en 1998 una legislación para la fiscalización de las actividades mercenarias como *The Regulation of Foreign Military Assistance (FMAA)*, en donde se prohíbe el mercenarismo y se considera como infracción que un ciudadano de ese Estado tenga que ver con actividad mercenaria alguna<sup>288</sup>. Además, esta legislación sudafricana tenía como finalidad la regulación de toda ayuda militar extranjera a una Parte involucrada en un enfrentamiento bélico. Así, creaba un procedimiento de dos etapas, mediante el cual los sudafricanos y los residentes con carácter permanente, incluyendo las empresas de seguridad privada, estaban obligados a pedir autorización al Comité Nacional para el Control de Armas Convencionales para poder ofertar dichos servicios. La segunda etapa se refería a la obtención de la aprobación del contrato para poder brindar dicha ayuda militar. Según los críticos sudafricanos, la ley de 1998 carecía de definiciones precisas, así como de mecanismos o instrumentos de vigilancia<sup>289</sup>. Además, señalan que no estaba excluida la cuestión humanitaria de las excepciones a la necesaria aprobación del Comité Nacional, lo que ha traído como consecuencia que las empresas sudafricanas militares y de seguridad privada se encontraran al margen de la ley.

Para solventar estas deficiencias, se aprobó una nueva Ley en 2006 titulada “Ley para la prohibición de la actividad mercenaria, y la prohibición y regulación de determinadas

---

<sup>287</sup> José GÓMEZ DEL PRADO, “El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización de uso de la fuerza armada, Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, op. cit., pp. 163-206.

<sup>288</sup> Vid. *Regulation of foreign military assistance bill*, en [www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71744](http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=71744)

<sup>289</sup> Véase en este sentido *Manual del CAD/OCDE sobre la reforma del Sistema de Seguridad. Apoyo a la seguridad y a la justicia*, OCDE Publishing, 2008, pp. 254-255.

actividades de los conflictos armados en el país”<sup>290</sup>. De acuerdo con lo estipulado en esta ley, se especifican aún más las actividades militares objeto de esta legislación, incluyendo las que no se habían analizado antes como por ejemplo las de tipo humanitario, indicando que éstas estaban obligadas a contar con la aprobación del Comité Nacional Sudafricano. Esta nueva legislación contempla aplicaciones extraterritoriales para aquellas personas que no tengan la nacionalidad sudafricana y que se encuentren involucradas en prestar ayuda a ciertas zonas en conflicto armado. La ley también aclara que podría haber una excepción a la regla general para aquellos actos que estén encaminados a apoyar a los pueblos en su lucha por la independencia política. Con todas estas medidas, Sudáfrica esperaba mejorar su regulación de 1998<sup>291</sup>.

Otros Estados que implementaron medidas para regular las empresas militares y de seguridad privada así como sus respectivas actividades fueron Francia<sup>292</sup>, Suiza<sup>293</sup>, Sierra Leona y Estados Unidos; en el caso de éste último Estado se analizarán sus políticas de control más adelante, por los fines que persigue la presente investigación.

Cabe agregar que estos Estados adoptaron dichas medidas desde una perspectiva particular; por ejemplo, Francia y Suiza lo hicieron para regular principalmente el mercenarismo<sup>294</sup>, en tanto que Sudáfrica, Gran Bretaña, Estados Unidos, Irak, Afganistán y Sierra Leona tenían como fin poder controlar la exportación y la importación de todos los servicios privados militares<sup>295</sup>. De esta manera, se inició una política de acercamiento y concertación entre todos esos Estados con la finalidad de establecer un posible marco regulador internacional para las ESP/EMSP, que más tarde se conocería como el Documento de Montreux.

---

<sup>290</sup> Vid. *The Prohibition of Mercenary Activity and Prohibition and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Bill* (Ley n°26 de 2006, que fue firmada como ley en vigor (Act) en noviembre de 2007. <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=66096>

<sup>291</sup> En este contexto, el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación realizó recientemente determinadas recomendaciones a Sudáfrica en su informe de julio de 2011 –doc.A/HRC/18/32/Add.3, de 4 de julio de 2011–.

<sup>292</sup> Francia introdujo un nuevo capítulo en su Código Penal para sancionar actividades mercenarias. Por otra parte, las ESP/EMSP francesas cada vez son más numerosas. Consúltase Gullies MUNIER, “¿Mercenarios franceses en Iraq?”, en [www.rebellion.org/noticia.php?id=118044](http://www.rebellion.org/noticia.php?id=118044)

<sup>293</sup> Desde 1927 Suiza ha prohibido a sus nacionales alistarse como mercenarios, excepto la Guardia Suiza residente en ciudad del Vaticano.

<sup>294</sup> En Suiza se adoptó una política de privatización de la seguridad policial. Véase Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* de agosto de 2007 -Documento A/62/301, de 24 de agosto de 2007, anexo, párrafo 53–.

<sup>295</sup> Vid. *Supplement to the Sierra Leona Gazette*, Vol. CXXXII, No. 42, de 4 de julio de 2002.

Por otro lado, y como parte de esta problemática, cabe anotar que en sus orígenes al fenómeno de la privatización de los ejércitos nacionales también se le conoció como “el proceso de centroamericanización”, en alusión a las guerras civiles de El Salvador y Nicaragua de los años ochenta, donde agentes de seguridad privada se transformaron en una especie de ejército privado para luchar contra las guerrillas o contra ciertas formas de delincuencia organizada<sup>296</sup>. Las milicias de extrema derecha en estos Estados representaban con frecuencia a reservas de las fuerzas de seguridad o grupos al servicio de los intereses privados de la burguesía terrateniente, e incluso del propio Estado en cuestión.

Hasta ese momento, las actividades de las empresas internacionales de seguridad privada se limitaban al mercenarismo; sin embargo, a medida que los Estados y las organizaciones internacionales requerían sus servicios, las funciones de dichas empresas se fueron haciendo más complejas. De este modo, las ESP incluirían servicios como el asesoramiento a gobiernos en materia de organización militar, la compraventa especializada de equipo bélico, e incluso el entrenamiento de sus fuerzas para el combate. Otros servicios contemplaban la auditoría sobre la seguridad de instalaciones estatales industriales, e iban desde la propia protección hasta la eliminación de minas peligrosas; e incluso Organizaciones Internacionales de primer orden, como Naciones Unidas, contrataron ESP para recibir apoyo logístico en las misiones humanitarias llevadas a cabo por sus OMPs<sup>297</sup>.

Estas actividades de las empresas internacionales de seguridad privada se traducían en la constante privatización de algunos de los ejércitos estatales más poderosos del mundo<sup>298</sup>, como los de Estados Unidos, Reino Unido y Francia. En este sentido, Helen Benedict señala que el ejército norteamericano había entrado en un proceso irreversible de privatización, el cual incluía al sector femenino<sup>299</sup>. La Administración Bush tenía proyectado privatizar a corto plazo la mitad de la industria bélica, incluido el *Air Force*

---

<sup>296</sup> Vid. Centro de Estudios Internacionales, *Centroamérica: perspectivas de futuro*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, pp. 60-61.

<sup>297</sup> Vid. Rolf UESSELER, *La guerra como negocio*, op cit., pp. 68-70.

<sup>298</sup> El fenómeno de la privatización militar y corporativa mundial es el eje de análisis en la obra de Pablo GONZÁLEZ CASANOVA, *La Universidad necesaria en el siglo XXI*, ediciones Era, México, 2001, pp. 20-25.

<sup>299</sup> Vid. Helen BENEDICT, *The Lonely Soldier: The Private War of Women Serving in Iraq*, Beacon Press, Nueva York, 2010, pp. 2- 260.

*One* en plena guerra contra el terror<sup>300</sup>. Así el proceso de aparición, mantenimiento y fortalecimiento de las empresas militares representaba uno de los sectores más dinámicos de la economía estadounidense, y llegaba a sobrepasar las ganancias de empresas dedicadas a la informática o la biotecnología.

Además, las empresas dedicadas al sector de la seguridad militar ya obtenían enormes ingresos, constituyendo un negocio global al alcanzar un número importante de contratos internacionales principalmente para operar en Europa del Este, Medio Oriente, África, América Latina (Colombia<sup>301</sup> y Perú<sup>302</sup>), y en algunos otros Estados como Indonesia.

El modelo neoliberal de los Estados desarrollados y el fin de la Guerra Fría incitaban cada vez más a recurrir al sector privado, especialmente al militar<sup>303</sup>. En este sentido, la profesionalización de las fuerzas armadas y la disminución general de efectivos en estos Estados habría llevado al despido aproximado de unos cinco millones de hombres, sin las indemnizaciones económicas y sociales adecuadas. Esta situación obligó a muchos de esos efectivos a emplearse en o crear empresas nacionales o internacionales de seguridad privada<sup>304</sup>.

Por lo general, el análisis sobre las actividades de estas compañías había sido tratado de forma muy irregular por la comunidad internacional. Las primeras empresas internacionales de seguridad privada de origen sudafricano e israelí que operaron en África fueron comparadas sin mucha preocupación con las compañías privadas de la colonización, recordando el tipo de mercenarismo revolucionario que se dio en las

---

<sup>300</sup> Vid. Von HARDESTY y Bob SCHIEFFER, *Air Force One: The Aircraft that Shaped the Modern presidency*, Creative publishing, Nueva York, 2005, pp. 5-20.

<sup>301</sup> Así, el “Plan Colombia” patrocinado por Estados Unidos desde 1999 mantiene una cuota alta de “contratistas militares privados”. Véase Rolf UESSELER, *op. cit.*, p. 54.

<sup>302</sup> Vid. el *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* (Misión Perú) –doc.A/HRC/7/7/Add.2., de 4 de febrero de 2008, párrafos 40-42-.

<sup>303</sup> Vid. Chalmers JOHNSON, *Las amenazas del imperio: militarismo, secretismo y el fin de la república*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 344-345.

<sup>304</sup> En 2003, la EMSP Blackwater había señalado su interés en contratar a más 800 militares chilenos y de otras nacionalidades latinoamericanas, por su profesionalidad cualificada, con un salario de mil dólares por día para trabajar en Irak. Daniel PEREIRA, *Mercenarios: Guerreros del Imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*, El Viejo Topo, Barcelona, 2007, pp. 213-215.



décadas de los años sesenta y setenta en los conflictos del Tercer Mundo<sup>305</sup>. Puede señalarse que esta posición asumida por ciertos Estados predominó hasta el fin de la Guerra Fría, cuando se destaparon importantes conflictos regionales, y las ESP, como hemos señalado, fueron ganando terreno frente a los ejércitos estatales<sup>306</sup>.

Otros ejemplos que indicaban un doble juicio de valor se produjeron cuando las ESP empezaron a trabajar para Organizaciones No Gubernamentales humanitarias, pues cumplían importantes funciones, como la evaluación de riesgos, la formación de personal de seguridad, la protección de instalaciones tanto civiles como militares, la eliminación de minas, así como el asesoramiento en casos de desplazamientos de población o de liberación de rehenes.

Fue esta amplia, y a veces, confusa variedad de actividades de las ESP la que influyó determinadamente para que la comunidad internacional comenzara a cuestionar con toda su fuerza la legitimidad y legalidad de estas empresas.

El 8 de junio de 1977 se aprobó el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949: en él se incorporó el concepto de mercenario<sup>307</sup>, y sin embargo, más de 30 años después de la adopción de dicho instrumento de Derecho Internacional Humanitario, como hemos visto, la proliferación de las ESP ha convertido al mercenario en una

---

<sup>305</sup> Vid. REGIONAL SURVEYS OF THE WORLD, *Africa South of the Sahara 2003*, 32ª edición, Routledge, Europa Publications, Oxford, 2002, pp. 24-45.

<sup>306</sup> Así por ejemplo, la empresa Kellog, Brown & Root (KBR), empresa militar con alta especialidad en logística, comenzó su ascenso en la guerra de los Balcanes. En 1996, logró un contrato por 546 millones de dólares para proporcionar logística a la OTAN. Vid. Rolf UESSELER, *op cit.*, p.80.

<sup>307</sup> El artículo 47 del citado Protocolo adicional I reza como sigue: “1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.

2. Se entiende por mercenario toda persona:

- a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;
- b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;
- c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;
- d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;
- e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y
- f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto”.

categoría sumamente compleja<sup>308</sup>. De esta manera, el debate internacional sobre los mercenarios<sup>309</sup> continúa siendo un tema pendiente para la ONU y sus órganos más importantes, como la Asamblea General<sup>310</sup>.

En fechas más recientes, el gobierno estadounidense no ha aplicado los Convenios de Ginebra a los detenidos en Afganistán sospechosos de permanecer a grupos armados o células terroristas como Al Qaeda<sup>311</sup>, lo que revivió este espinoso problema para la Comunidad Internacional<sup>312</sup>. De este modo, el gobierno estadounidense ha decidido adoptar la categoría de combatientes ilegales para referirse a las organizaciones terroristas, siendo ése el concepto aplicado a los prisioneros de Guantánamo (Cuba)<sup>313</sup>.

Continuando con nuestro análisis, y no obstante esta situación, la seguridad privada internacional siguió creciendo de forma exponencial. Así, la proporción numérica entre guardias de seguridad privados y policías estatales en la última década del siglo XX era de tres a uno en los países desarrollados, y suponía una amplia mayoría en ciertos Estados con crisis políticas.

Fue este contexto el que condujo a diversos organismos internacionales, incluyendo la ONU, a analizar con mayor preocupación la elaboración de una correcta regulación jurídica de las actividades y alcances de las empresas internacionales de seguridad privada. En este sentido, en 1999 el informe de Enrique Bernales Ballesteros, Relator

---

<sup>308</sup> Véase el *informe de la reunión de expertos sobre las formas tradicionales y nuevas de las actividades de los mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* –doc. de Naciones Unidas E.CN.4/2001/18, de 14 de febrero de 2001–.

<sup>309</sup> Vid. Abdel-Fatau MUSAH y J. ‘KAYODE FAYEMI (eds.), *Mercenaries: an African security dilemma*, Pluto Press, Londres, 2000, pp. 20-310.

<sup>310</sup> Véase la resolución 57/196 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2002, que solicita al Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos un concepto más claro de “mercenario”; y el informe resultante del Relator se encuentra en el documento A/58/115, de 2 de julio de 2003, párrafos 41 a 62. Véase también la resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 3 de abril de 2006.

<sup>311</sup> Como parte de esta problemática, según documentos filtrados por WikiLeaks, el argelino Bin Hamlili, miembro de Al-Qaeda, había trabajado para la inteligencia británica y canadiense, y se encuentra recluido en la base militar de Guantánamo desde 2003. Vid. <http://info7.mx/a/noticia/263544>

<sup>312</sup> Vid. Phillip MARGULIES, *Al-Qaeda, Osama Bin Laden Army of Terrorists*, Rosen publishing, Nueva York, 2003, pp. 40-60.

<sup>313</sup> Bajo los efectos del 11-S, la Administración Bush adoptó la denominada “Orden de Detención, Tratamiento y Juicio”, que crea tribunales castrenses para estos casos. Estados Unidos redefinió el concepto de tortura para justificar sus actos reconocidos como excesos letales, y al mismo tiempo se empezó a aplicar un trato inhumano a los presos de Guantánamo. Vid. Xavier BATALLA, *Afganistán: la guerra del siglo XXI*, debolsillo, Barcelona, 2006, pp.35-36.

especial de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios, señalaba que las empresas internacionales de seguridad privada desarrollaban sus ofertas de forma cada vez más agresiva con la finalidad de proporcionar una legitimación a sus acciones en nombre de su experiencia en el manejo y empleo de la tecnología militar, y advertía lo siguiente:

“La actividad mercenaria continúa desarrollándose a través de sus mecanismos tradicionales de reclutamiento y a través de nuevas modalidades. Una de estas es el reclutamiento y la contratación de mercenarios por parte de empresas privadas de seguridad y asistencia y asesoría militar, y a su vez, la contratación de estas empresas por gobiernos que les encargan funciones de seguridad, de control del orden público y ciudadano, e incluso el combate armado contra fuerzas insurgentes o contra delincuentes organizados. Estas empresas se presentan como entidades polivalentes, versátiles, tecnológicamente al día y con gran capacidad de evolución y de adaptación a situaciones particulares. Anuncian que su ventaja comparativa en relación a las fuerzas regulares reside en sus sistemas de comando, comunicaciones, control, informática e inteligencia”<sup>314</sup>.

El fenómeno, sostenía el Relator ante instancias internacionales, se complicaba cuando, al ser contratadas por Estados en crisis o guerra civil, las actividades de estas empresas privadas sobrepasaban el propio derecho interno del Estado contratante en el cumplimiento de múltiples funciones, entre ellas la vigilancia de la seguridad interna, someter a los movimientos rebeldes armados, la formación y preparación de un ejército local, y la estructuración de los servicios de espionaje y contraespionaje del país en cuestión, servicios que en muchas ocasiones no podían ser financiados por los propios Estados contratantes<sup>315</sup>. El Relator de las Naciones Unidas argumentaba que un claro ejemplo de lo anterior había sido el gobierno de Sierra Leona cuando tuvo que pagar a la empresa internacional privada Executive Outcomes con la concesión de recursos naturales<sup>316</sup>, en particular piedras preciosas<sup>317</sup>. A esto se denominó en África Occidental la “guerra por los recursos naturales”<sup>318</sup>. Fue así como sus filiales Branch Energy, Heritage Oil and Gas y Diamond Works obtuvieron permiso para explotar gas, petróleo y diamantes de este Estado africano. De hecho, la última mencionada es considerada la empresa más importante de Canadá dedicada a la explotación y mercantilización de diamantes.

---

<sup>314</sup> Doc. A/54/326, anexo, de 7 de septiembre de 1999, parágrafo 75.

<sup>315</sup> *Ibidem*.

Véase

también

[www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/ag/A-54-326.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/ag/A-54-326.html)

<sup>316</sup> Vid. Hector PAVÓN, “Ejércitos llave en mano”, en [www.temakel.com/emmercenarios.htm](http://www.temakel.com/emmercenarios.htm)

<sup>317</sup> De ahí la adopción por el Consejo de Seguridad de la Resolución 1467 (2003), de 18 de marzo de 2003: “Proliferación de las armas pequeñas y ligeras y actividades de los mercenarios, amenazas para la paz y la seguridad en el África occidental”.

<sup>318</sup> Vid. Carla FIBIA, *Mi nombre es nadie: el viaje más antiguo del mundo*, Icaria editorial, Barcelona, 2008, p. 59.

Gran parte de estas empresas internacionales de seguridad privada a finales del siglo XX se convirtieron en filiales de *holdings* mayores. Por ejemplo, Dunn and McDonald Inc. (BDM), compañía especializada en ingeniería militar e integrada hasta 1990 en la Ford Company, fue comprada por Carlyle Group, cuyos socios mayoritarios eran Frank C. Carlucci -Secretario de Defensa durante la presidencia de Ronald Reagan-, James Baker -ex secretario de Estado estadounidense-, John Major -ex primer ministro británico-, y Karl Otto Pohl -ex presidente del Bundesbank alemán-. En 1997, Carlyle Group puso a la venta Dunn and McDonald, que fue comprada por la firma TRW System Integration Group, con sede en Ohio, fabricante de equipos militares espaciales y de partes automotrices. Al siguiente año, ambas filiales se fusionaron para crear TRW Systems and Information Technology Group, con sede en Virginia. Esta empresa fue considerada durante ese tiempo como una de las más importantes contratistas del Pentágono.

Así, Estados Unidos, junto con el Reino Unido y Sudáfrica, se habían convertido a finales del siglo XX en los centros mundiales de la industria militar privada, lo cual obedecía en gran parte al nuevo orden internacional auspiciado por el entonces presidente estadounidense George Bush (1989-1992), como habíamos apuntado, tras la desaparición de la Unión Soviética y el comienzo del clima unipolar en las Relaciones Internacionales con Estados Unidos como principal potencia militar<sup>319</sup>.

Dicho de otra manera, de la carrera armamentista de la Guerra Fría (1945-1990) se había pasado al desmantelamiento de gran parte de la industria militar de las superpotencias (Estados Unidos y la Unión Soviética) y de sus principales aliados. Estrategas y políticos del Pentágono y de la Casa Blanca impulsaron un nuevo proceso que se abrió con la contratación de servicios militares privados, para así ocupar las áreas dejadas por el ejército estadounidense. De hecho se afirma que, desde la primera guerra contra Irak en 1991, comenzó oficialmente la privatización del aparato militar estadounidense a cargo del entonces Secretario de Defensa Dick Cheney<sup>320</sup>, quien

---

<sup>319</sup> Vid. Abelardo RODRIGUEZ, *La dinastía Bush y el nuevo siglo norteamericano*, Aguilar, México, 2004, pp. 10-50.

<sup>320</sup> Dick Cheney es acusado por organizaciones de derechos humanos de crímenes de guerra, pues en su libro "In my time: a personal and political memoir", reitera la defensa de torturas, como la asfixia simulada, para interrogar a sospechosos de terrorismo, procedimiento que llevó a cabo la CIA en Irak.

subcontrató a empresas privadas de seguridad para desempeñar funciones operativas en áreas esenciales para el Estado, como la seguridad, servicios de inteligencia, entrenamiento militar y programas de interrogatorios, que tradicionalmente estaban encomendadas a las Fuerzas Armadas estadounidenses.

De acuerdo con el Departamento de Defensa de Estados Unidos, el gobierno había gastado 300.000 millones de dólares en contratos de servicios militares con ESP, cuya única regulación y vigilancia provenía del propio Departamento de Estado, controlado por el lobby de negocios de la Casa Blanca y del Pentágono<sup>321</sup>. Otros datos indicaban que, en el año 2000, en territorio estadounidense existían cerca de treinta corporaciones transnacionales dedicadas a la prestación de servicios militares y de seguridad privada, cuyas funciones abarcaban incluso misiones de pacificación y combates antidroga. Algunas de ellas, como la empresa Blackwater USA, recién establecida en 1996, estaban especializadas en el contrterrorismo y la lucha urbana<sup>322</sup>.

Por todo ello, Estados Unidos no había firmado la normativa internacional más importante contra los Mercenarios: la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1989<sup>323</sup>. Ya anteriormente, este mismo órgano de la ONU había adoptado importantes pronunciamientos contra los mercenarios, como la Declaración de 1960, dentro del contexto de las guerras por la independencia de las antiguas colonias<sup>324</sup>. La Asamblea General en esa época proporcionó a la problemática de los mercenarios un discurso político dentro del contexto del Derecho de la guerra (*ius in bello*), considerando que dichos sujetos no podían ser considerados combatientes, sino criminales de guerra.

---

Vid. [www.publico.es/internacional/393721/el-exvicepresidente-de-eeuu-dick-cheney-asegura-ser-darth-vader](http://www.publico.es/internacional/393721/el-exvicepresidente-de-eeuu-dick-cheney-asegura-ser-darth-vader)

<sup>321</sup> En la primera década del siglo XXI, Estados Unidos reportó por gastos militares aproximadamente 530 millones de dólares anuales, representando el 46% del gasto militar mundial. Ver Dario AZZELLINI, en [www.aporrea.org/internacionales/a51828.html](http://www.aporrea.org/internacionales/a51828.html)

<sup>322</sup> Jeremy SCAHILL, “Blackwater Inc., pionera en privatizar guerras”. Vid. [www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/sociopol\\_blackwater10.htm](http://www.bibliotecapleyades.net/sociopolitica/sociopol_blackwater10.htm). Véase Antonio PASTOR PALOMAR, “Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, n° 2, 2008, pp.427-455.

<sup>323</sup> En contraste, Estados Unidos es parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la ha incorporado a su derecho interno. Dicha Ley contra la Tortura otorga una competencia cuasi-universal, siempre que el presunto culpable sea estadounidense o bien se encuentre en el territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de la víctima o del demandado.

<sup>324</sup> Vid. [www2.ohchr.org/spanish/law/independencia.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/independencia.htm)

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia se había pronunciado en su sentencia en el caso *de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo) contra los mercenarios, considerándolos como un tipo de milicia privada<sup>325</sup>, pero también utilizó otros conceptos como “paramilitares” o fuerzas de autodefensa civil. En este caso judicial el gobierno nicaragüense acusó a Estados Unidos de sucesivas violaciones del Derecho internacional a través del apoyo a grupos armados organizados. Dicha jurisprudencia abrió paso a un nuevo enfoque más claro sobre el mercenarismo. Sin embargo, todavía existían imprecisiones en los posibles elementos que podrían identificar a un mercenario, y más específicamente en el caso de aquellas personas encuadradas dentro de las filas de una ESP.

Es así como, previamente a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el concepto de mercenario se encontraba más ligado a la ilegalidad que a una posible licitud de sus acciones; no obstante, el empuje que los mercenarios estaban teniendo por parte de las ESP no establecía límites, y el Estado como ente político estaba asimilando que la evolución debía seguir esa línea de fortalecimiento de las ESP<sup>326</sup>.

### **III.B. Los atentados terroristas en Estados Unidos y el fortalecimiento de las empresas internacionales de seguridad privada**

Las ESP en Estados Unidos entraron en una etapa de fuerte demanda, tanto en el mercado público como privado, como consecuencia directa de los atentados terroristas contra Nueva York y Washington de septiembre de 2001. Esta coyuntura marcó un nuevo proceso en la formación, estructura y fines de estas empresas, que, por sus alcances, asumirían un carácter global.

Este proceso se produjo ante el discurso gubernamental estadounidense sobre la Seguridad Nacional contenido en la Doctrina de la Prevención de septiembre de 2002, promovida por el Presidente de Estados Unidos, George W. Bush, como parte de su

---

<sup>325</sup> Cf. sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986 en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), *Yearbook of the International Court of Justice*, 1986, p. 130 y ss.

<sup>326</sup> Para un análisis actual sobre los fundamentalismos, la política antiterrorista estadounidense y las empresas militares véase Carlos ESPAÑADERO, *El problema del terrorismo*, Buenos Aires, 2009, pp. 209-253.

estrategia de lucha contra el terrorismo internacional<sup>327</sup>, y que sostiene que los Estados deben actuar por anticipado, y no en reacción a hechos ya consumados, cuando se ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Este planteamiento conduciría a un reforzamiento de la industria de guerra, teniendo como base fundamental a las empresas de seguridad privada estadounidenses, que por su parte no dudaron en ampliar sus funciones y capacidades así como mejorar sus armas con tecnología puntera; es decir, se daba paso a nuevos ciclos de expansión y extraordinarias ganancias capitalistas en los nuevos mercados que el gobierno estadounidense consideraba claves en “la lucha contra el terrorismo internacional”<sup>328</sup>.

En este contexto, inmediatamente después de que Estados Unidos comenzara las acciones armadas contra Al Qaeda y los talibanes estacionados en Afganistán en 2001, las empresas de seguridad privada se aprestaron a contratar personal cualificado, y así entrar de lleno en esta nueva actuación internacional amparada por el derecho de legítima defensa (artículo 51 de la Carta), y sobre la base de las resoluciones 1368 (2001) de 12 de septiembre de 2001 y 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001, ambas adoptadas por el Consejo de Seguridad de la ONU, y que sirvieron de fundamento jurídico con las acciones bélicas emprendidas por Estados Unidos y sus aliados en territorio afgano<sup>329</sup>.

Es precisamente esta nueva interpretación del derecho de legítima defensa la que abrió un debate en el seno del Derecho internacional. En términos teóricos, este principio se justifica dentro de un sistema de seguridad colectiva cuando el ataque armado está en curso, y ha de finalizarse cuando el Consejo de Seguridad de la ONU adopte las medidas pertinentes. Sin embargo, esta circunstancia no se produce habitualmente en los actos terroristas. Dar respuesta militar contra otro Estado ante dichos ataques sin contar

---

<sup>327</sup> Esta doctrina unilateral considera al terrorismo internacional como toda acción encaminada a causar la muerte o graves daños a civiles, con la finalidad de intimidar a los pueblos u obligar a un gobierno u organización internacional a hacer o dejar hacer ciertas actividades. Vid. Mariano AGUIRRE y Phyllis BENNIS, *La ideología neoliberal: la crisis de EEUU con Irak*, Icaria Editorial, Barcelona, 2003, pp. 72-74.

<sup>328</sup> Vid. Charles T. POWELL y Fernando REINARES (eds), *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, Ariel y Real Instituto Elcano, Barcelona, 2008, pp. 6-87.

<sup>329</sup> Las guerras en Afganistán e Irak son las primeras contiendas bélicas contra un riesgo global, constituido por el nuevo peligro del terrorismo nuclear a partir del 11 de septiembre de 2001. Vid. Ulrich BECK, *Sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, pp. 3-20.

con la autorización expresa del Consejo de Seguridad puede ser calificado como un acto de represalia ilegal y no como un acto de legítima defensa colectiva. Otra cuestión importante es que tampoco se pueden comparar los actos terroristas de grupos organizados como Al Qaeda con los actos de agresión cometidos por parte de algún Estado, pues los primeros no son sujetos internacionales.

La controversia quedó reflejada en la resolución 1368 (2001), adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU, la cual calificó los ataques terroristas como amenazas a la paz<sup>330</sup>, no como ataque armado (sin él no existe el derecho a la legítima defensa). Fue así como el Consejo de Seguridad de la ONU reflejó la política asumida por el Estado hegemónico y unipolar. Esto explica la adopción de las siguientes resoluciones: la 1378 (2001) de 14 de noviembre de 2001, sobre un plan de reconstrucción del Estado; la resolución 1383 (2001) de 6 de diciembre de 2001, encaminada a dismantelar grupos terroristas de Afganistán; y la resolución 1386 (2001) de 20 de diciembre de 2001, que autorizó el despliegue de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en Afganistán (ISAF), con el objeto de apoyar a la Autoridad Provisional en el mantenimiento de la seguridad en dicho país, según lo previsto en el anexo 1 del Acuerdo de Bonn. Todo lo anterior se hizo bajo los preceptos del Capítulo VII de la Carta, al considerar la situación en Afganistán como una amenaza directa para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Poco después, la ISAF aumentó sus efectivos, extendió su despliegue militar más allá de la capital de Afganistán, Kabul, y pasó a ser controlada por la OTAN, en cumplimiento de diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>331</sup>. En ellas se insta al pleno respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, pero sin reconocer las denuncias de violaciones de los mismos cometidas por las fuerzas de la comunidad internacional en la lucha antiterrorista<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Vid. Enrique BALTAR RODRÍGUEZ, *Afganistán y la geopolítica internacional: la intervención soviética a la guerra contra el terrorismo*, Plaza y Valdés, México, 2003, p.127.

<sup>331</sup> Véanse por ejemplo, las resoluciones 1510 (2003), de 13 de octubre de 2003; 1536 (2004), de 26 de marzo de 2004; 1707 (2006), de 12 de septiembre de 2006; 1659 (2006), de 15 de febrero de 2006; o 1662 (2006), de 23 de marzo de 2006.

<sup>332</sup> Vid. Domenico LOSURDO, *La comunidad, la muerte, Occidente. Heidegger y la ideología de la muerte*, Losada, Buenos Aires, 2001, pp. 10-78.



Respecto a lo anterior, se sostiene que, si nos encontramos ante una operación de imposición de la paz (*peace-enforcement*) emprendida de conformidad con una decisión del Consejo de Seguridad *ex* Capítulo VII, debe aplicarse el Derecho internacional humanitario, ya se trate de una operación de las Naciones Unidas o de una Fuerza Multinacional creada por las Grandes Potencias, la cual pasa a ser parte del conflicto bajo las leyes de la guerra. Por ello, el *ius in bello* resulta aplicable en ambos casos<sup>333</sup>. De esta manera, la ONU podría cumplir más eficazmente su función principal de mantener la paz y seguridad internacionales.

Por otro lado, el Consejo de Seguridad, bajo la perspectiva de la seguridad colectiva hegemónica estadounidense, renovó y actualizó medidas coercitivas aplicables a los talibanes afganos, y las extendió particularmente hacia los integrantes del grupo terrorista Al Qaeda y aquellos asociados que estuvieran en una lista -revisada periódicamente-, de conformidad con su resolución 1390 (2002), de 16 de enero de 2002. Estas medidas comprendieron la congelación de cuentas bancarias y activos financieros, prohibición de viajes, y embargo de armas y materiales<sup>334</sup>. El Consejo de Seguridad asumía así funciones de naturaleza legislativa global, considerando al terrorismo como la principal amenaza a la paz y seguridad internacionales contemporáneas, que debía ser combatida con toda su fuerza en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Ahora bien, desde el ángulo de la seguridad, la intervención militar aliada occidental en Afganistán abrió un proceso continuo de reforzamientos y variaciones en los múltiples segmentos o fragmentos de mercado de las ESP, tanto en el nivel local y regional como en el internacional<sup>335</sup>. Este proceso expansivo de la seguridad privada tiene como fundamento el desarrollo tanto de la demanda de estos servicios como de su oferta en el mercado interno e internacional.

---

<sup>333</sup> Vid. Alfonso J. IGLESIAS VELASCO, *Los problemas de mantenimiento internacional de la paz*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 239.

<sup>334</sup> Vid. las resoluciones 1452 (2002) de 20 de diciembre de 2002; 1455 (2003) de 17 de enero de 2003; 1526 (2004) de 30 de enero de 2004 y 1617 (2005) de 29 de julio de 2005, todas ellas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

<sup>335</sup> Jaume CURBET, *La glocalización de la inseguridad*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2006, pp.88-90.

Para analizar este fenómeno de transformaciones de la seguridad privada, resulta indispensable partir de los principales segmentos o fragmentos que componen dicha demanda y oferta, y así rescatar estos cambios de orientación en el nivel global.

A) La **demanda** dentro de la esfera de la seguridad privada se clasifica en varios apartados:

1.- La demanda pública, a partir de organismos públicos, cuya seguridad está a cargo del Estado y se encuentra relacionada con la preparación y provisión de guardias y dispositivos electrónicos.

2.- La demanda empresarial y corporativa. Ante el contexto internacional de guerra contra el terrorismo y globalización, para las empresas de muchos Estados la seguridad se ha convertido en un factor crucial y determinante en cuestiones de seguridad nacional y estratégica. Esta situación ha originado que la demanda corporativa de la seguridad privada haya entrado en un proceso de concentración de todos sus servicios.

Por otro lado, la demanda corporativa de seguridad privada ha introducido nuevos segmentos de mercado como, por ejemplo, los servicios de inteligencia competitiva y estratégica

3.- La demanda que genera la propia seguridad privada. Se trata de una especie de subcontratación de ciertos servicios de seguridad por parte de otras empresas del ramo, o bien por cuenta de clientes filiales o por tradición.

4.- La demanda que solicitan particulares con gran capacidad económica. En términos generales, este fragmento es el que presenta menos complejidad, al consistir esencialmente en guardias, alarmas, custodias y monitorización en video para casas residenciales o de vehículos.

B) En cuanto a los principales componentes que caracterizan la **oferta** de las empresas de seguridad privada se pueden clasificar en los siguientes:

1.- La centralización del sector. A medida que el sector de la seguridad privada va desarrollándose, éste se concentra cada vez más, esto es, empresas medianas y pequeñas desaparecen o bien son integradas en otras empresas de la seguridad privada con mayor proyección económica y administrativa. Es una tendencia que prevalece en la mayoría de los Estados de origen de las ESP, como Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Sudáfrica, incluso en Rusia<sup>336</sup>, por citar algunos.

2.- La profesionalización y la constante actualización. Para las ESP, ambos ámbitos son la clave para su consolidación. Por ello, incorporan a grandes competidores de carácter multinacional y global, los cuales se convierten en importantes gerentes y directivos con alta proyección para su gestión dentro del campo de la seguridad privada.

3.- La tecnología. Éste es un aspecto estratégico para las empresas de seguridad privada, pues del mismo dependen su eficacia y operatividad. También es donde se pueden observar mejor las transformaciones que el sector ha experimentado como, por ejemplo, la televigilancia, el control de accesos, la prevención, la detección digital, las más sofisticadas cámaras de video y todo tipo de dispositivos que han reemplazado a los guardias tradicionales.

4.- Además, en algunos subsectores como el de la seguridad bancaria, la utilización de elementos electrónicos de monitorización y supervisión es ya obligatoria, lo que ha llevado a una creciente oferta de las empresas de seguridad privada.

Asimismo, el adelanto tecnológico en el sector de la seguridad privada fue disminuyendo considerablemente sus costes para adquirirla. Esto ha permitido que dispositivos antes inaccesibles para el público en general como las cámaras y fotografías de video sean ahora parte indispensable en la seguridad doméstica. De hecho, la monitorización de alarmas residenciales se ha convertido en uno de los negocios más rentables y con mayor crecimiento en los últimos años.

---

<sup>336</sup> En abril de 2012 se dio a conocer la noticia sobre la posible formación oficial de agencias militares de seguridad privada en Rusia. Véase Konstantín BOGDÁNOV, “Las agencias de seguridad privadas, un ejército en la sombra”, *Agencia Rusa Ria-Novosti*, en [www.rebanadasderealidad.com.ar/RIA-Novosti-12-51.htm](http://www.rebanadasderealidad.com.ar/RIA-Novosti-12-51.htm), consultado 4 de abril de 2012.

Ahora bien, a partir de 2001 el desarrollo de las empresas de seguridad privada entró en una profunda transformación impulsada por la creciente sofisticación y aprendizaje de la demanda, así como por la progresiva especialización de muchos de los oferentes en el ramo, dejando de ser “especialistas en todo” o “para todo tipo de actividades y estilos”. Esta tendencia hacia una mayor fragmentación del mercado y sofisticación de la oferta se presentó en particular en los Estados desarrollados y en ciertos países de América Latina, Europa del Este y el Sureste Asiático, en donde han surgido en los últimos años enormes mercados para las empresas de seguridad privada<sup>337</sup>.

Siguiendo este orden de ideas y considerando al mercado mundial como un todo, el sector de la seguridad privada había entrado en un complejo y largo proceso de desaparición de las fronteras territoriales que dejó paso a la globalización de los consumidores, teniendo como resultado el debilitamiento del Estado en el campo de la seguridad<sup>338</sup>, por lo que aumentó el número de ESP, las cuales entraron en una fuerte competencia por el mercado<sup>339</sup>.

### **III.C. Las empresas de seguridad privada y las empresas militares privadas (EMSP)**

Desde la última década del siglo XX, las ESP ampliaron gradualmente sus especialidades hasta convertirse algunas de ellas en empresas militares y de seguridad privadas (en adelante EMSP) altamente especializadas, al dedicarse totalmente al suministro de servicios ofensivos con gran impacto militar<sup>340</sup>, siguiendo el modelo de Executive Outcomes y Sandline International, por mencionar algunas, pero con mayor potencial y capacidad de respuesta a nivel global.

---

<sup>337</sup> Jaume CURBET, *op. cit.*, p. 62.

<sup>338</sup> En los Estados Europeos el sector de la seguridad se convirtió en una cuestión de corresponsabilidad en lo público y lo privado y la propia seguridad civil. Vid. José Luis C. BOSCH, Jaume FARRÁS, Manuel Martín, Juli SABATÉ y Diego TORRENTE, “Estado, Mercado y seguridad ciudadana. Análisis de la articulación entre la seguridad pública y privada en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Universidad de Barcelona, Barcelona, Núm. 39, Septiembre-Diciembre de 2004, tercera época, pp. 105-135.

<sup>339</sup> Para un estudio sobre el papel del Estado en la globalización véase Marcos KAPLAN, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002, p. 25 y ss.

<sup>340</sup> Véase Enrique STEL, *Guerra Cibernética*, Círculo Militar, Buenos Aires, 2005, pp. 10-85.

Como apunta Sonia Güell, las actividades fundamentales de las ESP se fueron especializando cada vez más, sobre todo en proporcionar resguardo a bienes inmuebles y personas ubicados en los distintos escenarios de guerra<sup>341</sup>. Sin embargo, estas funciones iban más allá de la finalización del conflicto armado, pues con la justificación de seguir protegiendo de posibles amenazas a toda figura contemplada en el contrato vigente, la idea central consistía en seguir fortaleciendo la relación estratégica Estado-empresa privada de seguridad<sup>342</sup>.

Esta percepción ilimitada del Estado sobre las ESP se tradujo en la introducción de un nuevo concepto: las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP). Con esta nueva categoría el fenómeno de la privatización de la fuerza armada llegó a su máxima expresión, e inmediatamente fue utilizado por el grupo de expertos de las Naciones Unidas: “empresas privadas que prestan todo tipo de servicios de asistencia de seguridad, entrenamiento, abastecimiento y asesoría, incluido el apoyo logístico no armado, los guardas de seguridad armados y los que intervienen en actividades militares defensivas y ofensivas”<sup>343</sup>.

De ambas concepciones se desprende que la problemática principal son los servicios que prestan estas empresas. Para identificar fácilmente a una ESP hay que fijarse en que es aquella cuya característica principal es el ámbito defensivo, al dedicarse exclusivamente a la protección de bienes materiales y de personas. De esta manera, el uso de la fuerza armada se encuentra aparentemente limitado por sus propias acciones de riesgo, tanto para proteger la integridad física y psicológica de los individuos como de los bienes materiales (oficinas de gobierno, obras en construcción, empresas de extracción de minerales, petroleras, campos para refugiados bajo el mandato de la ONU...) <sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Sonia GÜELL PERIS, “Contextualización de las EMP/ESP en el marco del Derecho Internacional Humanitario” en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *op. cit.*, p. 217.

<sup>342</sup> Sonia GÜELL PERIS, “Contextualización de las EMP/ESP en el marco del Derecho Internacional Humanitario”, *ibidem*, p. 217.

<sup>343</sup> Vid. *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, en documento A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, p. 4.

<sup>344</sup> Sonia GÜELL PERIS, “Contextualización de las EMPS/ESP en el marco del Derecho Internacional Humanitario”, *op.cit.*, p.217.

La diferencia con las EMSP *stricto sensu* se fundamenta en que estas últimas empresas tienen como función principal brindar servicios armados especializados de forma directa durante el desarrollo de un conflicto armado, sin considerar su naturaleza jurídica interna o internacional, siendo contratadas particularmente por las Partes involucradas en dicho conflicto<sup>345</sup>.

Todas las actividades de una EMSP se refieren por tanto al ámbito militar, como el entrenamiento del ejército en combate, la capacitación y participación directa en las operaciones bélicas o bien en ciertos casos de apoyo logístico. Otra función importante encomendada a las EMSP es el interrogatorio de prisioneros de guerra.

No obstante estas diferencias, la línea divisoria entre ESP/EMSP es por lo general difícil y confusa, dada la naturaleza defensiva u ofensiva de sus misiones. Debe mencionarse que el personal civil que protege ciertos bienes inmuebles o personas puede verse impelido a participar en un escenario de guerra para cumplir con su trabajo, lo que es diferente de quienes prestan sus servicios en situaciones normales, debido a esta multifuncionalidad; es decir, las circunstancias pueden hacer difícil distinguir las categorías de dichas empresas.

Esta complejidad para clasificar las ESP/EMSP se puede explicar en un plano teórico<sup>346</sup>: si la tendencia del Estado es de arriba hacia abajo entonces se refiere a la decisión de externalizar la seguridad a empresas privadas (ESP), pero si la tendencia estatal es de abajo hacia arriba surgen los actores no estatales desafiantes de la autoridad monopolística del uso de la fuerza armada por los Estados, es decir, surgen las EMSP.

Otras clasificaciones indican que algunas EMSP se transforman, por ejemplo, en empresas militares privadas exclusivas para enviar personal de primera línea al frente de batalla, mientras otras EMSP están dedicadas a los servicios de consultoría y entrenamiento, y otras más se encuentran orientadas al apoyo de servicios militares de ayuda y asistencia. Todas estas EMSP han establecido paralelamente una nueva forma de actividad mercenaria y un peligroso vacío para el Derecho Internacional Público.

---

<sup>345</sup> Vid. Victor D. CHA, "Globalization and the Study of International Security", en *Journal of Peace Research*, vol. 37, n° 3, 2000, pp. 391-403.

<sup>346</sup> Vid. Susan STRANGE, *La Retirada del Estado*, Icaria editorial, Barcelona, 2003, pp. 10-80.

Como resultado, se puede señalar que esta transferencia de funciones permite al Estado desarrollar ciertas actividades, como evitar la rendición de cuentas en el plano de la seguridad, que por lo regular notificaba como deficitaria. Además, dicha externalización lucrativa de la seguridad le permite al Estado reducir el número de bajas militares oficiales. Con ello, el propio Estado traspasa automáticamente a manos del capital privado los impuestos dedicados a la seguridad.

Así, en Estados Unidos las EMSP debían su expansión al propio desarrollo tecnológico que estaba produciéndose en el sector de la seguridad privada y a la propia conveniencia económica del Estado, al reducir el presupuesto militar y gastos de defensa tras el fin de la guerra fría, a su falta de voluntad política de fortalecer las operaciones de mantenimiento de la paz, y principalmente a su intención de responsabilizar al sector de la seguridad privada de los gastos y costes frente a la opinión pública<sup>347</sup>.

Por otra parte, los Estados de origen de las ESP/EMSP -Estados Unidos y Reino Unido, principalmente- han visto crecer de forma ilimitada los ahora llamados “contratistas militares privados”, cuyas funciones se han vuelto cada vez más necesarias al especializarse en la protección personal y la seguridad de los emplazamientos o lugares con personal armado<sup>348</sup>.

Existe por tanto un grupo de élite de la seguridad privada, integrado principalmente por altos estrategas militares experimentados. En Estados Unidos esta élite creó en 1996 la empresa militar privada más importante de todo el país, Blackwater, con sede en Virginia, para prestar sus servicios dentro del mercado nacional sin tener que someterse a ninguna legislación ni Código Penal existente<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Vid. Peter W. SINGER, “War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 42, n°2, 2004, pp. 521-549.

<sup>348</sup> En Reino Unido se han desarrollado de forma extraordinaria las empresas de seguridad privada, y por ejemplo, ex miembros de los Special Air Services (SAS) establecieron empresas privadas. Así, David Sterling, fundador de los SAS, impulsaría la creación de la empresa Watchguard Organization para entrenar mercenarios. También en África y en otras situaciones jurídicas se comenzaban a consolidar las empresas de seguridad privada, concretamente en Sudáfrica y en general en África meridional. Véase en <http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm>.

<sup>349</sup> Véase por ejemplo A. PASTOR PALOMAR, “Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, n° 2, 2008, pp.427-455.

Más tarde, con la intervención estadounidense en Afganistán, el sector de los contratistas de la seguridad privada se reforzó y se actualizó su infraestructura. De 2001 a 2003, las empresas militares privadas estadounidenses aumentaron el número de contratistas adiestrados para especializarse en tareas de reconstrucción y estabilización, así como en el propio ramo de la seguridad militar.

Es en este mismo período cuando diversos Estados y organizaciones internacionales, incluida la propia ONU, Organizaciones no Gubernamentales así como Estados miembros de la Unión Europea (Reino Unido y Alemania), recurrieron con mayor regularidad a los contratistas a través de las empresas militares privadas para actuar en tradicionales zonas de conflicto (Medio Oriente, Sudeste Asiático o Colombia, entre otros).

Esta tendencia fue creciendo, y muchas voces se pronunciaron en favor de la externalización continua de los servicios que no podían ser asumidos por las fuerzas armadas de los Estados occidentales. Las empresas militares privadas comenzaron a especializarse en altos niveles de seguridad militar, preparación para personal recién contratado y el servicio a instalaciones estratégicas y convoyes.

Las funciones antes señaladas cubrían para ese tiempo un amplio espectro de posibilidades, que iban desde los tradicionales servicios de alimentación, alojamiento de tropas, servicios de comunicación, transporte, intérpretes y traductores para acompañar a los militares o altos dirigentes políticos, y el mantenimiento de determinados sistemas de armamento, hasta los mismos servicios de inteligencia tradicionalmente bajo el monopolio y uso exclusivo del Estado. En este sentido, los contratistas entraron en la esfera del espionaje y contraespionaje, que se abría gradualmente como un mercado por explorar por las empresas militares privadas, en particular en Estados Unidos y Europa (Reino Unido, Francia, Alemania o Italia entre otros). Esta situación representaba por otro lado un desafío para las propias legislaciones nacionales y sus instituciones gubernamentales dedicadas a la seguridad.

Además, fue en este tiempo cuando el debate en torno al papel de las empresas militares privadas y sus servicios en el plano de la seguridad pasó a dominar la agenda de la mayoría de las organizaciones internacionales tanto intergubernamentales como no



gubernamentales, dado que implicaba que un número mayor de personas procedentes de ejércitos desintegrados, o bien civiles adiestrados y entrenados en seguridad militar, utilizaban sus armas y empleaban el uso de la fuerza en zonas de conflicto sin más límites que su propio criterio.

En este contexto, y en respuesta a la privatización del uso de la fuerza, en la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>350</sup> reconoció en los casos *Montero Aranguren*<sup>351</sup> y *Neira Alegría*<sup>352</sup> la obligación del Estado de garantizar en todo momento la seguridad y mantenimiento del orden público, incluyendo la fuerza, pero bajo estricto respeto a las normas internas y a los Derechos Humanos, pues el poder del Estado debe tener limitaciones, y ha de actuar conforme a la normativa destinada a preservar tanto el orden público como los Derechos Humanos primordiales de los individuos<sup>353</sup>.

En estas sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó también a los Estados que debían vigilar sus órganos de seguridad interior al utilizar la fuerza legítima, respetando el derecho a la vida de las personas bajo su respectiva jurisdicción. En este sentido la Corte recordó la magnitud de la fuerza utilizada en Venezuela (asunto *Caracazo, Fondo y Reparaciones*)<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> Véase en general Wael HIKAL, *Criminología, derechos humanos y garantías individuales*, Porrúa, México, 2010, pp. 128-170.

<sup>351</sup> Vid. su sentencia de 5 de julio de 2006 en el caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_150\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_150_esp.pdf)

<sup>352</sup> Vid. sentencia de 19 de septiembre de 1996 en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú (Reparaciones y Costas)*, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_29\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_29_esp.pdf)

<sup>353</sup> Vid. Nigel S. RODLEY y Matt POLLARD, *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 18-80; y José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

<sup>354</sup> Sentencia de la CIDH de 11 de noviembre de 1999, asunto *Caracazo vs. Venezuela (Fondo)*, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_58\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf). En su posterior sentencia de 29 de agosto de 2002 en *Reparaciones y Costas* sobre el mismo caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos exhortó a dicho Estado a “ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de los derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal” (para.127). En 2006, la Corte emitió otra sentencia en el mismo sentido en el mencionado asunto *Montero Aranguren (Retén de Catia)*, en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_95\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligación de los Estados de controlar a sus órganos o agentes de seguridad interior representó un gran desafío para el propio Derecho internacional, pues el Estado se encontraba en una disyuntiva: procurar ser el sujeto monopolístico del uso de la fuerza o dar continuidad a su traspaso de funciones en el plano de la seguridad a las ESP y las EMSP. La tendencia indicaba que el Estado había optado por la segunda opción, al establecer una relación estrecha y permanente con el empresariado de la seguridad militar.

De hecho, en esta época (2001-2003) nuevamente en los países desarrollados (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia) las ESP/EMSP tuvieron gran demanda debido a diversos factores como la incertidumbre que prevaleció en cuestiones de seguridad a partir del 11 de septiembre, no sólo en Estados Unidos sino en Europa y otras partes del mundo; una delincuencia más sofisticada capaz de establecer contactos con mafias locales, regionales e internacionales; y por el complejo problema del narcotráfico, el terrorismo y el espionaje.

En este sentido, los gobiernos de los Estados avanzados reformaron sus medidas de control, preocupados ante el desmedido crecimiento de las ESP/EMSP. En Estados Unidos, principal base de este tipo de empresas, todos los contratos oficiales tuvieron que ajustarse en ese tiempo a las Normas Federales de Adquisición y otras reglas jurídicas del Departamento de Defensa sobre escoltas de altos mandatarios, seguridad en edificios civiles, operaciones de vigilancia y entrenamiento en tácticas no convencionales, todo ello bajo el contexto de guerra contra el terrorismo internacional. En este contexto, salió nuevamente a la luz pública mundial la preocupante cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados en materia del personal que trabajaba para las ESP/EMSP, si bien esta discusión era más bien de tipo doctrinal que jurídica, al no existir una configuración legal de dichas empresas<sup>355</sup>.

Según el Derecho internacional, los actos ilícitos que eventualmente cometa el personal de las compañías militares y seguridad privada pueden provocar la responsabilidad internacional del Estado por dos posibles vías:

---

<sup>355</sup> Sonia GÜELL PERIS, *op. cit.*, p. 217.

1) Cuando tal personal o la empresa hayan sido facultados por el Derecho del Estado contratante para ejercer prerrogativas del poder público y hayan actuado en esa capacidad<sup>356</sup>, o actúen de hecho “por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento” ilícito<sup>357</sup>: en ambos casos, la conducta de ese personal le será atribuible al Estado contratante, lo que habría que examinar individualmente en cada caso concreto. Habría que demostrar la delegación de prerrogativas del poder público o que la relación entre el Estado contratante y el personal en el terreno es de control-dependencia, en el sentido de que ese Estado ejerce un control de tal tipo que puede decirse que el personal militar privado ha actuado en su nombre: de este modo, ese personal podría ser considerado como un instrumento del Estado contratante y su conducta sería atribuible al Estado<sup>358</sup>. Por el contrario, si ese personal goza de libertad discrecional para dirigir sus actividades y funciona con independencia respecto del Estado contratante, entonces no podría ser calificado como órgano de hecho del Estado.

2) Por posible falta de diligencia debida, en el sentido de que dicho Estado no haya adoptado las medidas adecuadas para prevenir la vulneración del Derecho internacional o, en el caso de que se haya producido, sancionar a los responsables y obligarles a reparar. En este sentido, las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos y sobre Derecho internacional humanitario obligan a los Estados partes a garantizar, asegurar o proteger derechos humanos, exigiéndoles que adopten medidas positivas para prevenir su vulneración por actores privados, o investigar y sancionar tal violación si llegara a producirse<sup>359</sup>. En el tema que estamos estudiando, si un Estado

---

<sup>356</sup> Artículo 5 del *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, aprobado por el Comité de Redacción en la Segunda Lectura -documento de Naciones Unidas A/CN.4/L.602/Rev.1 de 2001-. La protección de personas o edificios es una de las actividades para las que el Estado frecuentemente contrata a empresas privadas, pero no está claro que ello suponga la transferencia de prerrogativas de poder público, pues clientes particulares también pueden contratarlas para desempeñar esa función.

<sup>357</sup> Artículo 8 del citado *Proyecto de Artículos*. Tampoco aquí queda claro que un simple contrato entre un Estado y una empresa privada constituya prueba suficiente para atribuir responsabilidad al Estado por los actos ilícitos que eventualmente cometa el personal de esa compañía, pero ciertamente dicha relación contractual es la única razón por la que ese personal se encuentra allí. Cfr. Chia LEHNARDT, *cit.*, p.5; y también Alexander KEES, “Responsibility of States for Private Actors”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, p.2 y ss., online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), consultado el 12 de marzo de 2012.

<sup>358</sup> Véanse en este sentido tanto la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 26 de febrero de 2007 en el caso de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio* –fondo- (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), *ICJ Reports 2007*, parágrafo 391, como su sentencia de 27 de junio de 1986 en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* –fondo- (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), *ICJ Reports 1986*, parágrafo 109.

<sup>359</sup> Así lo indica el artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, o el artículo 43 del Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la

contrata a empresas privadas para que lleven a cabo actividades armadas en una zona de riesgo, dicho Estado ha de mantener un estándar elevado de diligencia debida<sup>360</sup>.

Como también las compañías militares y de seguridad privada pueden ser contratadas por organizaciones internacionales -como la ONU-, sus posibles comportamientos internacionalmente ilícitos pueden generar la responsabilidad internacional de tales organizaciones por las mismas vías *mutatis mutandis* que hemos visto para los Estados: que el personal de tales empresas haya actuado como agentes de esa organización o bajo su control –si están por ejemplo integrados en la cadena de mando de una operación de mantenimiento de la paz-<sup>361</sup>, o por omisión de la diligencia debida en caso de no ejercer el control adecuado sobre el personal que despliega<sup>362</sup>.

Es necesario precisar en este momento que la responsabilidad jurídica en que comenzaban a incurrir estas empresas era distinta a la responsabilidad del personal integrado en las fuerzas militares gubernamentales, las cuales contaban con procedimientos oficiales tradicionales para pedir cuentas de sus actos a sus integrantes (en grupo o individuales) y llevarlos a un posible juicio ante las autoridades correspondientes dentro del Estado, y fuera de éste ante tribunales internacionales.

Mientras tanto, las EMSP se iban definiendo como empresas privadas legalmente constituidas, pero al mismo tiempo con ambigüedades en sus propias estructuras. Dichas empresas no contaban con una plantilla fija de profesionales, pero sí con un mercado en constante crecimiento informal. Dicho de otro modo, sus referencias partían y se fundamentaban en ciertos bancos de datos y redes de Internet que contenían los nombres de ex policías y ex militares así como de personal en activo que, ante los salarios prometidos, no dudaban en renunciar a su trabajo público o bien recontratarse con estas empresas para promover servicios de asistencia, o brindar asesoría y seguridad

---

guerra terrestre, en relación con la conducta exigida a las Potencias ocupantes en el territorio ocupado -sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 en el caso *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), *ICJ Reports 2005*, parágrafo 178-.

<sup>360</sup> Chia LEHNARDT, *cit.*, p.5.

<sup>361</sup> Artículos 4 y 6 del *Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, de 2011 (doc.A/66/10, pp.55-73).

<sup>362</sup> Pero una organización interancional no tiene competencia para sancionar penalmente las conductas ilícitas del personal militar privado: puede terminar el contrato con la compañía y/o reclamar la remoción de la persona responsable de la zona de operaciones, pero la sanción efectiva es una competencia estatal, que corresponde al Estado territorial, al Estado de origen de la compañía o al de nacionalidad del responsable.

armada desde cualquier ámbito de acción como alternativa o complemento a las fuerzas armadas estatales en un enfrentamiento armado, situación ésta que los hacía caer bajo la figura jurídica internacional del mercenario.

Así, el personal recién contratado, en primera instancia, respetaba los reglamentos y condiciones que la propia empresa privada establecía. Hay que señalar que se trataba de empresas legalmente constituidas con personalidad jurídica interna, y que disponían de importantes recursos económicos, políticos y humanos provenientes de las más prestigiosas instituciones militares, en particular, de Estados Unidos, el Reino Unido y de algunos países de Europa del Este<sup>363</sup>.

Fue esta estructura la que conduciría a una gran proliferación de empresas privadas militares en Estados Unidos, que comenzaron a influir en las decisiones político-militares de Washington y así actuar conjuntamente. Un ejemplo ya había sucedido en 1994 cuando el gobierno estadounidense contrató a la empresa *Military Professional Resources International* (MPRI), para que asesorara a autoridades croatas en plena guerra civil yugoslava. Pero el gobierno de Estados Unidos no se pronunció ante las posteriores arbitrariedades cometidas por dicha empresa, argumentando que la asesoría, asistencia, entrenamiento y ayuda militar había sido proporcionada por la empresa militar privada, recayendo en ella la responsabilidad derivada de cualesquiera posibles violaciones del Derecho internacional. Este acto del Estado hegemónico representó un fuerte deterioro en su imagen como entidad poseedora del monopolio de la fuerza, deterioro que iría en aumento y acompañado del caos jurídico ante la incapacidad de organizaciones internacionales como la propia ONU, y de las ONGs, como la Cruz Roja Internacional.

En esta coyuntura, se hizo evidente recordarle al Estado en general, y en particular a los Estados con mayor potencial, que el uso de la coerción y la fuerza armada se mantenía como atribución estatal, tanto *ad intra* (legislación interna para proteger y mantener el orden público a través de sus instituciones policiales) como *ad extra* (para la seguridad exterior, teniendo al ejército nacional como su principal instrumento); es decir,

---

<sup>363</sup> Véase Pratap CHATTERJEE, "Give War a Chance: the Life and Times of Tim Spicer", *CorpWatch*, 9 de junio de 2004, en <http://corpwatch.liveradicaldesigns.org/article.php?id=11361>

independientemente de la privatización del uso de la fuerza, se exigía al Estado su responsabilidad en ella.

Así, los Estados, si bien pueden ceder sus competencias en el área de la seguridad a sujetos no estatales como las EMSP, esto no significa que abandonen su obligación de establecer mecanismos jurídicos para así reconocer su posible responsabilidad ante la sociedad, pues tiene que garantizar el Estado de derecho para prevenir y castigar los actos ilegales cometidos por estos agentes con carácter no estatal, y concretamente las ESP y las EMSP<sup>364</sup>.

Estos llamamientos desesperados al Estado, sin embargo, estuvieron opacados y marginados por los eventos del 11-S, que no sólo cambiaron la dinámica mundial, sino que reforzaron la aparición de las EMSP con mayor fuerza que años atrás; es decir, lo que se venía gestando durante varias décadas, la privatización del uso de la fuerza, se hizo en poco tiempo parte de las nuevas atribuciones del Estado, por así llamar a su política favorable a las ESP/EMSP.

### **III.D. Las ESP/EMSP y el Derecho Internacional Humanitario bajo el contexto de la lucha internacional contra el terrorismo**

Tras 2001, año clave en la lucha contra el terrorismo internacional, las ESP y EMSP dominaron el escenario de la seguridad internacional<sup>365</sup>, pues se convirtieron en el brazo ejecutor de algunas de las grandes potencias -Estados Unidos y Reino Unido-, quienes decidieron otorgar a estas empresas la responsabilidad de intervenir directamente en los conflictos sin importar la inexistencia de un estatuto jurídico que sustentara sus actividades, particularmente en la guerra contra los talibanes en Afganistán. Tal política deliberada asumida por estos Estados se reflejó en su constante rechazo a ser partes signatarias en las Convenciones Internacionales sobre la figura de mercenario.

---

<sup>364</sup> Vid. Iraq: WikiLeaks files show US/British & Blackwater war crimes, en [freeourpress.info/freedom\\_of\\_the\\_press\\_videos/iraq-wikileaks-files-show-usbritish-blackwater-war-crimes/](http://freeourpress.info/freedom_of_the_press_videos/iraq-wikileaks-files-show-usbritish-blackwater-war-crimes/) y A. PASTOR PALOMAR, "Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, n° 2, 2008, p.427 y ss.

<sup>365</sup> Vid. John VERVAELE, *La legislación antiterrorista en Estados Unidos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 5-89.

En este momento de nuestro análisis (2001), las ESP / EMSP entraron en la categoría de contratistas empresariales globales, encontrándose en tal categoría una multitud de empresas privadas de seguridad dedicadas al suministro de servicios y materiales de todo tipo, dentro del contexto de la seguridad y la defensa tanto a nivel nacional como global.

A esta compleja situación se sumó la entrada en vigor el 20 de octubre de 2001 de la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, aprobada en 1989 por la ONU, la cual en su articulado no establecía criterios para las ESP/EMSP y “contratistas militares privados”, definiendo sólo la categoría calificada como “contratistas proveedores” como aquel personal autorizado para acompañar a las fuerzas armadas sin utilizar la fuerza, pero que serían tratados como prisioneros de guerra en caso de ser capturados por el ejército enemigo<sup>366</sup>.

En términos generales, dicha Convención no contempla la regulación de los servicios de las ESP/EMSP, a excepción de que se refiera a situaciones de conflicto armado o de una amenaza a la independencia e integridad de los Estados. Por ello, la Convención se encuentra limitada cuando se trata de establecer una respuesta a las infracciones de los Derechos Humanos en este ámbito.

A esta falta de regulación de las actividades de las ESP/EMSP se suma la problemática de diferenciar el estatuto de un prisionero de guerra del de un mercenario. Así tenemos que el III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, en su artículo 4 otorga el estatuto de prisioneros de guerra por un lado a los civiles que acompañan a las fuerzas armadas:

“A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo:

“... 4) *Las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas*, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las

---

<sup>366</sup> En 2003, Dyncorp fue comprada por Computer Science Corporation. En la segunda guerra contra el régimen iraquí, esta empresa logró un contrato con la Administración Bush para suministrar asesores a las instituciones policiales del Estado, así como para reactivar el sistema judicial. Vid. Chalmers JOHNSON, *Las amenazas del imperio: militarismo, secretismo, y el fin de la república*, editorial crítica, Barcelona, 2004, p. 162.

cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto”<sup>367</sup>.

Y el mismo artículo 4.A otorga al personal militar privado en dos posibles casos el estatuto de prisioneros de guerra:

“1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así *como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas*;

2) los *miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios*, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;

b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;

c) llevar las armas a la vista;

d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra”.

Asimismo, el artículo 47 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone lo siguiente:

“1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o prisionero de guerra.

2. Se entiende por mercenario toda persona:

a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;

b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;

c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa Parte;

d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;

e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y

f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto”<sup>368</sup>.

También los artículos 43 y 44.3 del Protocolo Adicional I de 1977 señalan que el estatuto de combatiente será concedido a aquel grupo organizado que forme parte del conflicto armado y se encuentre bajo una entidad responsable de sus acciones durante

---

<sup>367</sup> Vid. artículo 4.A.4 del III Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949 (la cursiva ha sido añadida).

<sup>368</sup> En este sentido, la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (de 1989), y la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) para la eliminación del mercenarismo en África (de 1977) prohíben el empleo de mercenarios; pero como son tantos y tan prolijos los requisitos exigidos por el copiado artículo 47.2 del Protocolo Adicional I para que alguien sea considerado mercenario, el hecho es que estas disposiciones convencionales tiene poca relevancia práctica. Vid. Holger P. HESTERMEYER, "Mercenaries", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 10 de marzo de 2012; y Chia LEHNARDT, "Private Military Companies", en *ibídem*, p. 2.



las hostilidades, es decir que cumpla *inter alia* las normas del Derecho Internacional Humanitario, además de que debe llevar a la vista sus armas en el despliegue militar<sup>369</sup>.

Y ¿qué sucede en los conflictos armados no internacionales? Aquí el Derecho internacional convencional es mucho menos preciso y deja mucha discrecionalidad a los Derechos internos. A menos que las partes del conflicto hayan acordado lo contrario, no se otorga el estatuto de combatiente a los contratistas militares privados, y salvo que se les otorgue inmunidad frente a la jurisdicción doméstica, tal personal estará sujeto al Derecho interno del Estado en cuyo territorio se encuentre actuando. Solamente el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo Adicional II establecen un estándar mínimo de protección para el personal militar privado capturado que no participe directamente en las hostilidades<sup>370</sup>.

De estos documentos jurídicos se desprende que los empleados de las ESP/EMSP no son generalmente considerados combatientes pues, no obstante su participación en el enfrentamiento armado, sin embargo no se puede determinar que sean una Parte objetiva en dicho conflicto, y tampoco pueden acreditar la presencia de un mando de control responsable que al mismo tiempo sea representante de la autoridad como Parte implicada en el conflicto<sup>371</sup>; además, no existe regulación específica vigente alguna que les obligue a cumplir específicamente con las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Por ello, si el “contratista privado” entra en combate, será considerado como mercenario por los captores y perderá automáticamente los derechos derivados del estatuto de prisionero de guerra. Asimismo, si los “contratistas proveedores o militares” usan la

---

<sup>369</sup> Chia LEHNARDT, *op.cit.*, pp. 2-3. En este sentido, Luc Reydamas señala que “el vector principal de guerra de insurgencia es el soldado civil, un concepto que engloba no sólo el inextricable vínculo entre el combatiente y la población en cuyo nombre se lucha, sino la categórica negativa del combatiente a ser reducido a una sola identidad”. Vid. Luc REYDAMS, “Á la guerre comme á la guerre: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho internacional humanitario y nuevos desafíos”, *International Review of the Red Cross*, núm. 864, diciembre de 2006, p. 16.

<sup>370</sup> Chia LEHNARDT, *op.cit.*, p. -3.

<sup>371</sup> Ciertamente, cada Estado goza del derecho soberano a organizar sus fuerzas armadas y decidir quien está legitimado para luchar en su nombre, como indica Chia Lehnardt. Así, si un Estado contrata a una empresa para funciones distintas a la de combate su personal no tendrá el estatuto de combatiente pero si, por el contrario, está autorizado a luchar, en ese caso ese personal militar privado puede ser calificado de combatiente, con independencia del estatuto formal que le haya otorgado el Estado contratante –pero, como ya hemos señalado tales contratistas deben estar bajo el mando de una persona responsable y en posición de garantizar la observancia de las normas de Derecho internacional humanitario, así como llevar un signo distintivo reconocible y portar sus armas abiertamente. Chia LEHNARDT, *op.cit.*, p. 3.

fuerza en una guerra, podrían convertirse en combatientes ilegales, por lo que serían privados de derechos derivados del estatuto de prisioneros de guerra y podrían ser procesados por un tribunal militar<sup>372</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (dedicado a proteger a las víctimas de la guerra de los Estados o bien de cualquier otra entidad en estado de guerra), a menos que sean parte de las fuerzas armadas de un Estado, el personal de las empresas de seguridad privada son personas civiles y, por tanto, no deben ser blanco de ataques. Pero si realizan actividades militares en las hostilidades, sean directas o indirectas, pierden automáticamente esa protección contra los ataques armados.

En este sentido, el estatuto jurídico que podría corresponder a las personas empleadas por las ESP/EMSP dependerá de quien sea el responsable que los contrata. En el caso de entidades estatales que contratan los servicios de dichas empresas, sus empleados son considerados civiles y no combatientes, y por tanto están sujetos al Código de Conducta que establezca la empresa, siendo parte de la población civil, no obstante su carácter armado.

A esta problemática se suma el hecho de que, por su parte, las ESP/EMSP contratan continuamente personal de las más diversas nacionalidades, como hemos señalado, y en ciertos casos hasta personal apátrida (personas que han perdido la nacionalidad o que están en el proceso de perderla<sup>373</sup>), siendo este tipo de recursos humanos los preferidos por dichas empresas gracias a las ventajas que representan en lo económico y lo jurídico.

Otra ambigüedad jurídica importante que se presenta es cuando el personal militar jubilado contempla la posibilidad de iniciar una “segunda o tercera carrera militar”

---

<sup>372</sup> El artículo 75 del Protocolo adicional I de 1977 señala que en todo caso la persona debe ser tratada con humanidad.

<sup>373</sup> El caso de los apátridas es analizado en Fernando LOZANO CONTRERAS, “La condición jurídica de los apátridas desde la perspectiva de la práctica internacional y española”, en Jaume FERRER LLORET y Susana SÁNZ CABALLERO (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 361-380; K. GÖCKE, “Stateless Persons”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 1 de marzo de 2012; y Máximo PACHECO GÓMEZ, *Los derechos humanos: documentos básicos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 1017-1019.

dentro de las empresas privadas de seguridad legalmente registradas en sus países de origen, significando con ello que dicho personal reclamará derechos y obligaciones tanto a nivel de derecho interno como internacional en una nueva categoría jurídica.

Para Sonia Güell, existen diferentes situaciones personales en las cuales se puede dar el mercenarismo; éstas comprenderían a “toda persona especialmente reclutada a fin de combatir en un conflicto armado y que de hecho tome parte en las hostilidades”, es decir, se regulariza la acción ofensiva, pero no la defensa. Para ello, hay que remitirse al artículo 49 del Protocolo Adicional I, según el cual por ataque se entenderían los actos de violencia contra el enemigo en ambos sentidos -ofensivo y defensivo- en cualquier escenario de guerra<sup>374</sup>. De esta manera, podría cubrirse las actividades de las ESP/EMSP. Sin embargo, surge la cuestión de cómo establecer el límite entre uno y otro cuando se tiene que hacer uso de las armas en defensa propia, por ser zonas de guerra o de situación postbélica. Esta situación ha conducido a que las ESP/EMSP elijan regirse por una serie de códigos de conducta voluntarios, dejando por tanto los obligatorios por exigirles obedecer las normas internacionales y principalmente la obligación de respetar el Derecho internacional humanitario<sup>375</sup>.

Así, la problemática actual consiste en si se debe considerar al personal de las empresas militares y de seguridad privadas como mercenarios o cuasi-mercenarios, a pesar de que estas empresas desarrollan una amplia gama de actividades no precisamente mercenarias, pero que si las mueve un provecho personal gravemente penalizado por el Derecho internacional actual, pues las ESP/EMSP han establecido vínculos jurídicos con todo tipo de personal<sup>376</sup>, incluso con mercenarios y francotiradores.

Por otro lado, todos estos factores han conducido a que el constante incremento de la seguridad privada se explique en un proceso generalizado de debilitamiento de las fronteras territoriales internacionales, caracterizado por la globalización de los clientes, el constante retroceso de la oferta pública de seguridad y la creciente competencia entre las propias empresas privadas de seguridad, tanto militares como civiles.

---

<sup>374</sup> Sonia GÜELL PERIS, *op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>375</sup> José L. GÓMEZ DEL PRADO, “Los nuevos mercenarios del siglo XXI”, *Revista Papeles*, número 94, 2006, pp. 21-27.

<sup>376</sup> Peter W. SINGER, *Children at war*, University of California Press, Sacramento, 2006, pp. 50-260.

En general, la globalización ha representado un gran desafío para la empresa de seguridad privada<sup>377</sup>. Para la mayoría de las empresas locales de seguridad, la profesionalización es su meta constante, no sólo para actualizarse sino para poder mantenerse y competir en el mercado<sup>378</sup>. Según la perspectiva de una ESP, desde 2001 la demanda mundial se ha enfocado particularmente hacia la especialización de la vigilancia con guardias, la monitorización de alarmas, el desarrollo de investigaciones más precisas, la prevención de delitos, la seguridad de la información, la protección de importantes personalidades, así como servicios de blindaje y protección de vehículos.

Otro importante desafío para las ESP ha sido dejar de operar en los tradicionales lugares con altos índices de delincuencia y criminalidad<sup>379</sup>, e incluso en las nuevas amenazas biológicas y bacteriológicas, como resultado del 11 de septiembre de 2001<sup>380</sup>. En el contexto actual, las ESP necesitan transformar sus objetivos en términos de gestión de riesgos. En este sentido, los clientes públicos y privados a nivel mundial esperan que el sector de la seguridad privada introduzca nuevos proyectos no solamente sobre la lucha contra el delito, sino que les ayude a tener bajos costes y sobre todo a gestionar efectivamente sus riesgos corporativos e individuales<sup>381</sup>.

Cabe agregar que, para las ESP, esta época en análisis (2001-2003) representó un espacio de múltiples y nuevas oportunidades de negocio relacionadas con la tercerización del segmento y sus servicios: comercial, policial y gubernamental. De esta manera se explica el ingreso de las ESP en la administración de cárceles, o el control de tráfico terrestre y aéreo, entre otras actividades que desde entonces han ido apareciendo en la demanda y oferta mundial.

Otra cuestión importante para las ESP es que comenzaban a concretar sus bases estructurales, dentro de un sector extremadamente dinámico que se encontraba en un proceso de transición a nivel mundial. Esto es, las ESP tenían que ganar flexibilidad

---

<sup>377</sup> Véase Manuel TRIGO CHACÓN, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, 2005, pp. 98-277.

<sup>378</sup> Vid. Ken SILVERSTEIN y Daniel LURTON-ROSE, *The private warriors*, Verso, Nueva York, 2000, pp. 15-244.

<sup>379</sup> Vid. José L. GÓMEZ DEL PRADO, "Los nuevos mercenarios del siglo XXI", *op.cit.*, p. 27 y ss.

<sup>380</sup> Immanuel WALLERSTEIN, "The Eagle Has Crash Landed", *Foreign Policy*, vol. 3, julio-agosto de 2002, pp. 60-69.

<sup>381</sup> Vid. Manuel TRIGO CHACÓN, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, *op. cit.*, 98-277.

estructural y adquirir una madurez competitiva para encarar un entorno que, si bien significaba importantes oportunidades de negocio, también era inestable y arriesgado en la mayoría de los Estados donde se encontraban.

Con estas características generales de la seguridad pública y privada, Estados Unidos comenzó la segunda guerra contra Irak en marzo de 2003, la cual agravó las cuestiones de la responsabilidad internacional del Estado, la responsabilidad internacional del individuo y, con ello, la situación jurídica de las ESP/EMSP.

### **III.E. Estados Unidos y la guerra contra Irak en 2003**

De conformidad con la doctrina de la acción preventiva, uno de sus objetivos consistía en reducir la proliferación de armas de destrucción masiva<sup>382</sup>, y bajo dicha pretensión en los primeros meses de 2003 Estados Unidos y sus países aliados desencadenaron una crisis bélica contra Irak. El discurso que legitimó estas acciones tuvo que remontarse al pasado con la resolución 678 (1990) de 29 de noviembre de 1990 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, cuando la ONU autorizó a los Estados miembros que cooperaban con Kuwait a utilizar todos los medios necesarios para expulsar a las tropas iraquíes de su territorio.

Según Estados Unidos, la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad había dispuesto en 1991 un cese del fuego que suspendía temporalmente la aplicación de la resolución 678 (1990) con la condición de que el régimen de Saddam Hussein cumpliera con una serie de exigencias, entre ellas, la eliminación de su armamento de destrucción masiva. En opinión de Washington, la renuencia de Irak a dichas exigencias originó la aprobación de la resolución 1441 (2002), de 8 de noviembre de 2002<sup>383</sup>,

---

<sup>382</sup> Un marco esencial de referencia aquí es el Tratado de no proliferación nuclear, de 1 de julio de 1968. La ONU cuenta con la AIEA (Agencia Internacional para la Energía Atómica), creada en 1957 para realizar el control y verificación del armamento nuclear. Cuenta con un Protocolo Adicional, aprobado en 1997, que permite inspecciones sin previo aviso de las instalaciones nucleares de los países que se obligan por dicho Protocolo.

<sup>383</sup> Se trata de la teoría de las resoluciones encadenadas, que analiza Paz Andrés Sáenz de Santa María, y que encuentra su máxima expresión con las declaraciones del embajador de Estados Unidos ante Naciones Unidas, John D. Negroponte, de que ya no existía alguna base jurídica alguna para un cese del fuego, y que el uso de la fuerza estaba autorizado de conformidad con la resolución 678 (1990), ahora reforzada con la aprobación de la resolución 1441 (2002). Vid. para un análisis crítico, Paz ANDRÉS DE SANTA MARÍA, “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador

donde se señalaban nuevas violaciones cometidas por este Estado. La posición estadounidense fue fuertemente cuestionada por gran parte de la Comunidad Internacional, recibiendo sólo el apoyo del Reino Unido en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU.

Por esta razón, la alianza angloamericana, consciente de la imposibilidad de obtener en el Consejo de Seguridad la mayoría necesaria para aprobar el recurso de la fuerza, elaboró un proyecto de resolución en el marco del Capítulo VII de la Carta, que fue rechazado por Francia, Rusia y Alemania, al manifestarse contrarias a la política estadounidense, y favorables a la continuación de la tarea inspectora de la Agencia Internacional de la Energía Atómica como vía adecuada para supervisar el desarme iraquí.

Es así como la Administración Bush logró imponer una política de fuerza en las relaciones internacionales<sup>384</sup>, reflejada tanto en su guerra contra Irak de 2003 como en la aprobación de la resolución 1483 (2003) de 22 de noviembre de 2003 del Consejo de Seguridad, que consagraba a las potencias ocupantes como la máxima Autoridad en Irak, lo que significaba que el Consejo se resignaba en realidad a una posición secundaria en el conflicto<sup>385</sup>.

La aprobación de la resolución 1511 (2003), de 16 de octubre de 2003<sup>386</sup>, reafirmaba lo anterior, y además autorizaba la creación de una Fuerza Multinacional bajo un mandato unificado (encabezado por Estados Unidos) para tomar todas las medidas militares necesarias dirigidas al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad de Irak. La posterior resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004, puso término formal a la

---

complaciente u órgano primordial?”, *REDI*, vol. LV, 2003-1, p. 210; y Ramiro ACOSTA CERÓN, *Los nuevos sujetos del Derecho internacional*, ediciones Abya-Yala, Quito (Ecuador), 2002, pp.93-94.

<sup>384</sup> Véase de forma comprehensiva Albert GALINSOGA JORDÀ (ed.), *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el “caso Couso”*, Ediciones de la Universitat de Lleida y de la Universidade de Santiago de Compostela, Lleida-Santiago de Compostela, 2012; y Luis MESA DELMONTE y Rodobaldo ISASI HERRERA, *Estados Unidos e Iraq: prólogo para un golpe preventivo*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Colegio de San Luis, México, 2004, pp. 56-59.

<sup>385</sup> El Consejo de Seguridad había patrocinado el Programa “Petróleo por Alimentos” para tener controlada la situación especial de Irak -véanse por ejemplo sus resoluciones 1472 (2003) y 1476 (2003)-.

<sup>386</sup> Vid. Manuel MEDINA ORTEGA, “La prohibición de la fuerza en el siglo XXI”, en AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p.903.

ocupación y a las competencias de la Autoridad, sustituida por un Consejo iraquí de Gobierno designado por la propia Autoridad.

La consolidación e imposición de este esquema de seguridad colectiva hegemónica estadounidense en el seno del Consejo de Seguridad tuvo importantes repercusiones en el establecimiento de operaciones militares por la ONU que, como hemos señalado, ya habían iniciado un largo proceso de reforma<sup>387</sup>.

### III.F. Las ESP/EMSP en Irak a partir de 2003

A partir de la guerra de Estados Unidos contra Irak, las ESP/EMSP se convirtieron en el eje de los negocios militares globales, e incluso las OMPs de la ONU se vieron fuertemente atraídas por la proyección de los negocios estadounidenses, fortaleciéndose así lo que se ha llamado la privatización global de la guerra<sup>388</sup>.

La guerra en Irak representó rápidamente un gran negocio para las ESP/EMSP. En 2003, el Pentágono estimaba en unos 20.000 los contratistas armados de las empresas privadas de seguridad en territorio iraquí, lo que promediaba el 15% de los 173.000 soldados desplegados por las Fuerzas Armadas de la Fuerza Multinacional estacionada en dicho país (de ellos, 155.000 eran estadounidenses y el resto de diferentes

---

<sup>387</sup> La seguridad colectiva hegemónica de Estados Unidos planteaba la necesidad de establecer nuevas OMPs de la ONU con unidades de inteligencia de primer orden y capaces de responder inmediatamente a los desafíos que representaba el terrorismo internacional. En esta línea, la doctrina militar canadiense no coincidía con la propuesta de Estados Unidos de introducir el concepto de “inteligencia” en las nuevas OMPs de la ONU, pues implicaba introducir un concepto que no encajaba con las OMPs. Los militares canadienses insistían en la necesidad de continuar reforzando la imparcialidad, la confianza y la claridad de los objetivos de las OMPs, tal como proponía el proceso de reforma para las OMPs desde el fin de la Guerra Fría. Por ello, era necesario que el término “información” fuera usado en lugar del término “inteligencia”. Vid. Gustavo DIAZ, “Las capacidades de inteligencia en las operaciones de mantenimiento de la paz bajo mandato de la ONU”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, número 21, febrero 2008, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano)

<sup>388</sup> Como ha indicado Pilar Pozo Serrano, “En Iraq el fenómeno presenta unas dimensiones sin precedentes, en cuanto al volumen de contratación y al número de empleados y de compañías presentes. Lógicamente, por el papel desarrollado en la guerra de 2003, en la posterior fase de ocupación y en la actual etapa de reconstrucción y estabilización del país, Estados Unidos es el país que más se apoya en los servicios prestados por estas compañías. Sin embargo, no es una política exclusivamente estadounidense: numerosos Estados y organizaciones internacionales, incluidas la ONU y la Unión Europea, y también ONG, recurren crecientemente a este tipo de empresas para la prestación de servicios de seguridad o de apoyo en tareas de reconstrucción y estabilización”. Pilar POZO SERRANO, “El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”; en *Athena Intelligence Journal*, vol.2, nº4, Artículo 11/11, 19 de diciembre de 2007, p.226.

nacionalidades); es decir, las empresas privadas militares de seguridad constituían en ese año la segunda fuerza de ocupación, sólo por detrás del ejército estadounidense<sup>389</sup>.

Para 2004 y 2005, gran parte del personal armado estadounidense en territorio iraquí no trabajaba directamente para el gobierno de Estados Unidos, sino para este tipo de empresas militares. En 2006 había en Irak y áreas circunvecinas más de 100.000 contratistas militares procedentes de diferentes partes del mundo (-Herzegovina, Bulgaria, Rumania, Polonia, Rep. Checa, Moldavia, Bielorrusia, Ucrania, Chile, Honduras, Ecuador, Colombia, Perú, Filipinas, África Austral y Meridional, etc.)<sup>390</sup>. Esta situación fue aprovechada al máximo por el mundo empresarial de la seguridad privada para argumentar que su sector tenía la capacidad de abarcar todo, pero principalmente y por sus cuantiosas ganancias, el sector preferido seguía siendo la guerra. De este modo, las ESP/EMSP se encontraban listas para actuar automáticamente en aquellas zonas de conflicto consideradas tradicionales, es decir, la región del Medio Oriente, Colombia<sup>391</sup> y el continente africano<sup>392</sup>.

Debe indicarse, no obstante, que la proliferación y el extraordinario desarrollo de las empresas militares de seguridad no demostraban precisamente que las guerras fueran privadas, sino la existencia de factores económicos como oferta, demanda, clientes y mercado, que respondían a un nuevo proceso abierto y dinámico a los veinte años del comienzo de la posguerra fría<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> Véase Bill BERKOWITZ, "Mercenaries R US, Alter Net", marzo de 2004, disponible en [www.alternet.or/story/18193](http://www.alternet.or/story/18193)

<sup>390</sup> Lilly DAMIAN, "Regulating Private Military Companies: The Need for a Multidimensional Approach", *Alerta Internacional*, Londres, 2002, en [www.fco.gov.uk/Kfile/prncilly.pdf](http://www.fco.gov.uk/Kfile/prncilly.pdf)

<sup>391</sup> Vid. Peter W. SINGER, "War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.42, n°2, 2004, pp. 521-549.

<sup>392</sup> Vid. Elke KRAHMANN, "The privatization of security governance: Developments, problems, solutions", *Arbeitspapiere zur internationalen Politik*, n°1/2003, pp. 6-9, disponible en [www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf](http://www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf)

<sup>393</sup> Como acertadamente explica Pilar Pozo, "Para Estados Unidos sería impensable llevar a cabo una operación de las dimensiones de la actual misión en Irak sin el apoyo de compañías privadas. En realidad, también ha dependido de su apoyo en operaciones militares anteriores de dimensiones significativamente menores, por lo que probablemente habría que concluir que se han convertido en un elemento imprescindible de su política exterior. *Ciertamente, la presión que su condición de primera potencia ejerce sobre su política exterior, lleva a Estados Unidos a depender de (ellas) en un grado muy superior al de la mayoría de países.* En cualquier caso, y a pesar de las controversias que puedan suscitar, los servicios de estas empresas son cada vez más solicitados por gobiernos, organizaciones internacionales y ONG". P. POZO SERRANO, "El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control"; en *Athena Intelligence Journal*, vol.2, n°4, Artículo 11/11, 19 de diciembre de 2007, p.234 (la cursiva ha sido añadida).



Para algunos autores, la privatización de la guerra no se dirige sólo a consolidar un nuevo estilo de imperialismo global estadounidense, sino que introduce al mismo tiempo un período con características medievales en el arte de hacer la guerra. Por ello, la actual coyuntura es llamada en términos militares como “la época neomedieval”, acompañada por un desorden continuo internacional en la aplicación del Derecho internacional público<sup>394</sup>. Esto recordaba que en el pasado los ejércitos de los grandes imperios feudales de Euroasia estaban integrados por soldados y mercenarios sin distinción alguna.

Continuando con nuestro análisis, las ESP/EMSP más importantes que operaron en Irak se agruparon en lo que se llamó la “asociación de compañías de seguridad privada en Irak”, cuya función principal consistió en regular y discutir temas de interés esencialmente empresarial<sup>395</sup>. Esta fue la antesala para establecer el estatuto jurídico que regularía las empresas militares privadas en territorio iraquí, las cuales ya comenzaban a ser protagonistas de graves violaciones del Derecho internacional<sup>396</sup>. Durante los primeros años de la ocupación, al menos seis contratistas militares privados se encontraban implicados en el escándalo de torturas y vejaciones en la prisión de Abu Ghraib y otras cárceles iraquíes<sup>397</sup>.

En marzo de 2004 y como producto del clima de inseguridad y venganza, algunos “contratistas militares privados” de la EMSP Blackwater USA habían sido asesinados por rebeldes insurgentes en la provincia de Faluya durante una emboscada. En octubre de 2005 se haría público un video que mostraba a “contratistas militares” de la empresa Aegis disparando impunemente contra conductores iraquíes<sup>398</sup>.

En este mismo período de graves acusaciones (mediados de 2004 y principios de 2005) Paul Bremer, jefe de la Autoridad Provisional de la Coalición consiguió la inmunidad

---

<sup>394</sup> Philip CERNY, “Neomedievalism, Civil War and the New Security Dilemma: Globalization as Durable Disorder”, *Civil Wars*, vol. 1, n° 1, 1998, pp. 36-64.

<sup>395</sup> Vid. Ryan M. SCOVILLE, “Toward an accountability-based definition of mercenary”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 37, 2006, pp. 541-581.

<sup>396</sup> Vid. Tanay NANDI y Satabdee MOHANTLY, *The emergence of private military firms and their impact on global human rights*, Grin Verlag, Múnich, 2010, pp. 5-6.

<sup>397</sup> Vid. Caroline HOLMQVIST, *Private Security Companies, The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper n° 9, 2005, en <http://books.sipri.org/files/PP/SIPRIPP09.pdf>

<sup>398</sup> El soldado Charles Graner, que no era contratista privado, fue condenado por estos hechos a diez años de prisión en enero de 2005, en [www.cbsnews.com/stories/2005/01/iraq/main665758.shtml?CMP=ILC-SearchStories](http://www.cbsnews.com/stories/2005/01/iraq/main665758.shtml?CMP=ILC-SearchStories)

de las empresas militares privadas ante las leyes y reglamentos iraquíes, en virtud de la orden número 17 del anexo 4 del estatuto jurídico de la Autoridad Provisional en Irak. Más tarde en octubre de 2007, el gobierno iraquí aprobó una ley para retirar la inmunidad a los contratistas militares privados, lo que derogaba inmediatamente la Orden numeral 17 de la llamada Autoridad Provisional para Irak<sup>399</sup>.

Para ese tiempo, la contienda de Irak se había convertido en la guerra privada por excelencia en la historia contemporánea. En este conflicto, las compañías militares privadas experimentaron una evolución práctica muy rápida en sus servicios militares, que iban desde operaciones tácticas de combate hasta la planificación estratégica y logística, incluyendo la ayuda técnica especializada en la fabricación de alarmas y transporte terrestre para el traslado de equipo bélico, así como en la detección de todo tipo de bombas y explosivos.

De este modo, el número de “contratistas militares privados” escapó del control del Departamento de Defensa de Estados Unidos, situación que reflejaba el gran peso que estaban teniendo las fuerzas militares privadas para el ejército más poderoso del mundo. Por otro lado, en términos políticos, el coste de los “contratistas militares privados” significaba un desafío para la democracia, e inauguraba un nuevo proceso en el seno del ejército regular de Estados Unidos, marcado por fuertes intereses empresariales globales<sup>400</sup>.

En este sentido, para el verano de 2004 la empresa militar privada Blackwater había logrado negociar con el Pentágono un millonario contrato por sus servicios en Irak. Dicha empresa había establecido una infraestructura similar a las instituciones estatales encargadas de la seguridad de Estados Unidos, como la CIA. Anteriormente, en 2002, Blackwater ya había obtenido un contrato de cinco años con la Marina estadounidense por más de 38 millones de dólares<sup>401</sup>. Este contrato consistía principalmente en la

---

<sup>399</sup> En ese mismo año, un censo interno del Departamento de Defensa de Estados Unidos estimaba que había aproximadamente 180.000 contratistas militares en Irak.

<sup>400</sup> Peter W. SINGER, *op.cit.*, 2004, pp. 521-549.

<sup>401</sup> Peter W. SINGER, *ibídem*.

capacitación de su personal para especializarse en la seguridad de buques de guerra y barcos de gran calado, técnicas de encauzamiento y búsqueda mercante<sup>402</sup>.

De esta manera, la mencionada EMSP al ofrecer sus servicios tanto en el mercado público como privado, se convertía en menos de una década en una de las partes centrales de la industria de guerra estadounidense, pues su principal representante, Erik Dean Prince, había creado complejas redes políticas con el gobierno de Bush, así como con importantes grupos políticos y religiosos de la sociedad estadounidense.

En territorio iraquí, los principales servicios prestados por Blackwater consistían en la protección de los altos oficiales estadounidenses -sin importar los medios- y en el mantenimiento del orden establecido por la Autoridad Provisional<sup>403</sup>.

Por otra parte, las actividades de dicha empresa comenzaban a afectar la moral del ejército estadounidense, al cobrar cuantiosos salarios y gozar de inmunidad por ser considerados civiles y no estar regidos por ley militar alguna en Irak, según la Orden 17 de la Autoridad Provisional para Irak.

El proceso privatizador del ejército estadounidense se reflejó en las 630 empresas militares privadas contratadas por el gobierno Bush, entre ellas, aparte de Blackwater, la empresa Halliburton, que en el verano de 2007 consiguió también un contrato millonario<sup>404</sup>. La inversión representaba el triple de lo que el gobierno estadounidense había gastado en toda la primera guerra del Golfo Pérsico de 1991, incluyendo los

---

<sup>402</sup> Informes del mencionado Grupo de Trabajo o Grupo de Expertos de Naciones Unidas señalaba que entre 20.000 y 50.000 agentes de seguridad trabajaban en Irak en 2005 –doc.A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, para. 31-.

<sup>403</sup> Desde el comienzo de la ocupación de Irak por Estados Unidos y sus aliados, Blackwater y las demás compañías militares privadas proporcionaban apoyo logístico al ejército estadounidense a medida que éste iba avanzando dentro del territorio iraquí. Mantenían, abastecían y armaban el costoso equipo bélico, como el caza invisible F-117, las aeronaves de reconocimiento U-2 o el famoso helicóptero Apache. También operaban sistemas técnicos aéreos y el sistema Global Hawk UAV. Poco después, las empresas militares de seguridad privada empezaron a entrenar a la policía iraquí, a paramilitares y al propio ejército iraquí. El asesoramiento se extendió a ciertos grupos que intentaban crear empresas de seguridad privada en Irak.

<sup>404</sup> Vid. Pedro ROJO, Carlos VAREA y Loles OLIVAN, *Iraq. Diario de la resistencia*, Icaria editorial, Barcelona, 2005, pp. 52-55.

gastos que tuvo que hacer el Estado para establecer el complejo Camp Doha, desde donde había partido la ofensiva contra Irak<sup>405</sup>.

Sin embargo, dicho proceso no había comenzado precisamente con las guerras posteriores al 11 de septiembre de 2001. Desde la década de los años noventa, importantes funcionarios del gobierno estadounidense -como D. Rumsfeld (ex secretario de Defensa de Estados Unidos)- defendían el proyecto de adelgazar la burocracia militar, pues consideraban que el gigantismo del Pentágono no podía mantenerse como tal, al representar un riesgo económico y una amenaza en sí misma para el funcionamiento de la institución militar<sup>406</sup>. Por ello, apostaban por la privatización, que daba por otro lado la oportunidad de entrelazar intereses políticos y económicos de la élite estadounidense. De hecho, Blackwater ya actuaba como *lobby* en el Congreso de Estados Unidos, tratando de negociar cuantiosos contratos para seguir interviniendo en las zonas internacionales de conflicto<sup>407</sup>.

Además, los crecientes negocios multimillonarios entre el gobierno estadounidense y las empresas militares privadas también quedaron reflejados en las reclamaciones por seguros de defunción en el Departamento de Trabajo, al gastar el Estado mucho menos en estas reclamaciones legales. En este sentido, hasta abril de 2008 se informó de un mínimo de pérdidas de soldados pertenecientes a las Fuerzas Armadas estadounidenses; en cambio, se habían registrado más de 1.292 contratistas militares fallecidos, a quienes no se les consideraba como víctimas de un conflicto armado al encontrarse fuera de las normas del Derecho internacional bélico; es decir, se trataba de un nuevo modelo de hacer la guerra pero sin salirse de las leyes de guerra internacionalmente reconocidas<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> Los datos sobre la guerra del Golfo Pérsico de 1991 pueden ser consultados en [meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista\\_docente/personal/f3.html](http://meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista_docente/personal/f3.html)

<sup>406</sup> Vid. Mariano AGUIRRE y Phyllis BENNIS, *La ideología neoimperial: la crisis de EEUU con Irak*, Icaria editorial, Barcelona, 2003, pp. 33-34.

<sup>407</sup> En 2008, Blackwater había colocado algunos de sus analistas y expertos en los comités de asesores encargados de las campañas presidenciales. Un caso paradigmático en este sentido fue el de Joseph C. Black, ex director del Centro de Contraterrorismo de la Agencia Central de Inteligencia durante la primera administración de George W. Bush (2001-2004). Black, contratado por Blackwater, ejercía el cargo de vicepresidente ejecutivo de la compañía. Asimismo, Black se integró en el selecto grupo de asesores de seguridad nacional de Estados Unidos. Vid. Jeremy SCAHILL, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Thunder's Mouth Press, Londres, 2007, pp. 8-89.

<sup>408</sup> Vid. Jeremy SCAHILL, *Blackwater*, *ibídem*.

Por otra parte, las ESP/EMSP ofrecían un costo político mínimo pues la sociedad estadounidense no se manifestaba abiertamente contra la política de la Administración Bush de contratar a dichas empresas. Por cuestiones estratégicas, a la sociedad estadounidense le interesaba más la situación de su ejército nacional<sup>409</sup>. Por otro lado, las bajas de los contratistas militares privados en zona de conflicto ni impactaban ni se contabilizaban en el cómputo que hacían las instituciones gubernamentales.

La polémica por la contratación de estas empresas se presentaba en Irak en relación con su supervisión y administración. Empresas como Kellogg Brown, Root-Halliburton (propiedad de Dick Cheney<sup>410</sup>) y Custer-Battles se distinguieron por realizar servicios con costes muy altos, como la facturación del transporte y comidas para los contratistas militares. Ya para 2004 la Agencia de Auditoria de Contratos de Defensa había registrado más de 15.000 millones de dólares en gastos no justificados. A esta situación se agregaba la autonomía con que se movían estas empresas. Hay que recordar que los “contratistas militares privados” son en última instancia actores no estatales, que no se encuentran, por tanto, dentro de la cadena de un mando militar. Bajo esta peculiar situación, los “contratistas militares privados” retrasaban, suspendían o cambiaban decisiones pues consideraban que podían imponerse en lo estratégico a las fuerzas armadas estadounidenses.

Sin embargo, tanto las tropas como la propia embajada de Estados Unidos en Bagdad dependían de las ESP/EMSP en numerosos aspectos, por lo que, cuando el gobierno iraquí les retiró la licencia de operaciones -en particular a Blackwater, encargada principal de la seguridad diplomática-, el gobierno estadounidense se resintió fuertemente. Esta dependencia hacia los contratistas militares reducía las posibilidades de encontrar responsables sobre posibles violaciones del Derecho internacional, y concretamente del Derecho Internacional Humanitario. Por otro lado, la intervención de “contratistas militares privados” dificultaba la posible instauración de instituciones

---

<sup>409</sup> Esta preocupación de la sociedad estadounidense se viene produciendo desde finales de la guerra de Vietnam. Vid. Timothy SULLIVAN, “The Abrams Doctrine. Is It Enduring and Viable in the 21st Century?”, *US Army War College Research Paper*, 2005, pp. 2-20.

<sup>410</sup> “Dick Cheney, como Secretario de Defensa durante la Presidencia de George H.W. Bush, fue el que tras la Guerra del Golfo de 1991 más promocionó la privatización de los servicios militares en Estados Unidos. En 1995, durante el mandato de Bill Clinton, fue nombrado Presidente de Halliburton”. Vid. Inma BAYARRI y Rafael MARTÍNEZ, “Las empresas militares y de seguridad privadas: entre la necesidad y el rechazo”, en H. TORROJA MATEU (dir.) y S. GÜELL PERIS (coord.), *op.cit.*, 2009, p.91.

democráticas y de derecho en Irak, pues, como hemos visto, son categorías cuyas acciones son ambiguas para el Derecho internacional. De hecho, la actuación de las empresas militares privadas, al actuar de forma unilateral e impune en numerosas ocasiones, han perjudicado los esfuerzos de contrainsurgencia de Estados Unidos en Irak, y por ello ha suscitado el rechazo de la población hacia tales contratistas y hacia Estados Unidos<sup>411</sup>.

Entre algunas propuestas importantes que se han presentado para resolver esta compleja situación se encuentran las que exigen que el gobierno estadounidense publique los contratos y que éstos sean sometidos al escrutinio público como el resto de los documentos oficiales. De esta manera, la visibilidad de los contratistas permitiría dar seguimiento a las funciones y actividades de este personal, con lo que se limitarían los abusos y violaciones de los Derechos Humanos. Esta propuesta en su momento fue considerada por importantes funcionarios militares estadounidenses, como el general Peter Mansoor -especialista en contrainsurgencia armada-, quien sostenía en 2007 que el ejército debía analizar detenidamente las ESP/EMSP en sus diferentes funciones militares directas o indirectas, y así poder controlar a su personal; es decir, toda actividad no especificada dentro de los límites del contrato en cuestión podría implicar un serio riesgo para el objetivo de la misión en marcha<sup>412</sup>.

En relación con ello, los gobiernos y, en particular, los ejércitos nacionales deben valorar qué funciones y sectores en el interior de su estructura han de privatizarse para responder así a los nuevos desafíos que plantea la seguridad nacional del siglo XXI.

Se trataba de eliminar la vieja práctica de dividir repentinamente las misiones militares sin tener objetivos claros y precisos, política seguida incluso por las propias OMPs de la

---

<sup>411</sup> P. POZO SERRANO, “El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”; en *Athena Intelligence Journal*, vol.2, nº4, Artículo 11/11, 19 de diciembre de 2007, p.229. Como indica esta autora, se carece de “mecanismos eficaces para perseguir penalmente a los empleados extranjeros por sus conductas delictivas” pues, o bien “la legislación vigente no permite su persecución penal”, o aunque sí exista en otros casos tal previsión legal, “las instituciones encargadas de poner en marcha los procedimientos han omitido toda actuación”. *Ibidem*, p.230.

<sup>412</sup> Peter MANSOOR, Donald KAGAN y Frederick KAGAN, *Bagdad al amanecer: Un comandante de la Brigada de la guerra en Irak*, Yale University Press, New Haven, 2009, p. 103.

ONU establecidas en los años inmediatos al fin de la Guerra Fría <sup>413</sup>. En esencia, el proyecto de Mansoor implicaba forzosamente iniciar un proceso de actualización y revisión de las ESP/EMSP, tanto en el interior de los Estados de origen como en los Estados receptores de estas empresas, que diera cómo resultado un protocolo internacional para regular dichas compañías en todos sus niveles. De esta manera, sería posible identificar quiénes podrían trabajar en estas empresas, para quienes podrían trabajar esas empresas, qué tipo de códigos jurídicos deben regir sus contratos, e incluso sus posibles escenarios de acción <sup>414</sup>.

Este es un proceso irreversible, pues las ESP/EMSP han llegado a desempeñar un papel estratégico en el uso de la fuerza armada a nivel global. Siguiendo con el ejemplo estadounidense, y según estimaciones de 2008, estas empresas controlaban el 80% del presupuesto estadounidense sobre seguridad, lo que algunos consideran una especie de golpe de Estado para convertir a la principal potencia del mundo en un Estado privado y de grandes negocios, un Estado corporativista globalizado <sup>415</sup>. En este sentido, según fuentes del Departamento de Estado en enero de 2012, el gobierno estadounidense se encuentra interesado en privatizar la guerra contra las drogas <sup>416</sup>. Esta es la tendencia del futuro inmediato, en la medida en que la responsabilidad de la seguridad pública de carácter nacional pasa de ser un deber del Estado a ser un negocio de las ESP/EMSP.

En el ámbito internacional, las ESP/EMSP de principios del siglo XXI se han convertido en un referente obligado en las áreas de conflictos armados, no para sustituir a las OMPs de la ONU <sup>417</sup>, sino como resultado de un largo proceso que el propio Estado

---

<sup>413</sup> Jeremy SCAHILL, *op.cit.*, pp. 8-94.

<sup>414</sup> Por su parte, el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la resolución 1790 (2007), de 18 de diciembre de 2007, relativa al conflicto iraquí, señalando que todas las fuerzas militares -incluidas las extranjeras- deben actuar de conformidad con el Derecho internacional, sin importar su naturaleza o estatuto jurídico.

<sup>415</sup> Peter MANSOOR, Donald KAGAN y Frederick KAGAN, *Bagdad al amanecer: Un comandante de la Brigada de la guerra en Irak*, *op. cit.*, pp. 135-157.

<sup>416</sup> Los contratos por cinco años han sido otorgados a las empresas Lockheed Martín, Northrop Grumman, Raytheon, ARIC y U.S. Training Center (una subsidiaria de Blackwater). Vid. William MARQUEZ, “¿Privatiza Estados Unidos la guerra contra las drogas?”, *BBC Washington*, 16 de enero de 2012, en [www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/III208\\_eeuu\\_pentagono\\_guerra\\_drogas\\_mercenario\\_wbm.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/III208_eeuu_pentagono_guerra_drogas_mercenario_wbm.shtml).

<sup>417</sup> Las OMPs de la ONU se han ido transformando en híbridas, es decir, entre lo coercitivo y no coercitivo, Vid. Juan Miguel ORTEGA TEROL, *Iraq en clave global: reflexiones en torno a los conflictos en la sociedad globalizada*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 38.

impulsó para establecer una figura autorizada en el ejercicio de la fuerza armada<sup>418</sup>, sobre todo ahora que la globalización impone nuevas formas en cuestiones de seguridad interna e internacional.

En este sentido, el mundo de las ESP/EMSP tiene que dejar de lado el secretismo, para así mejorar sus estructuras y actualizarse dentro de los mecanismos que ofrece constantemente el libre mercado y la globalización, sobre todo en aquellas empresas ubicadas en sus países de origen: Estados Unidos y Reino Unido.

Para algunos autores, la globalización ha establecido nuevas formas de organización descentralizadas, deslocalizadas y horizontales que han conducido al debilitamiento del Estado en sus estructuras culturales relacionadas con la identidad nacional y la seguridad<sup>419</sup>. Esto implica que los ciudadanos han dejado de tener un sentido de pertenencia a un Estado determinado, para involucrarse directamente en cuestiones más allá de sus fronteras físicas y territoriales. En cuanto a los métodos de lucha, se señala que sólo han demostrado la fragilidad de las fuerzas armadas estatales, provocando la masiva aparición de mercenarios y grupos militares de autodefensa; es decir, la concepción del Estado contemporáneo en 1945 como monopolizador del uso de la fuerza armada ha dejado de existir *de facto* para convertirse en un actor secundario, incluso aun considerando que sus fuerzas nacionales integran ciertas OMPs de la ONU<sup>420</sup>.

Si bien se ha mantenido la idea de tomar el control territorial, las nuevas técnicas de combate tras el fin de la Guerra Fría se han endurecido particularmente contra la población civil, incorporando métodos como la “limpieza étnica”<sup>421</sup> y “la siembra de

---

<sup>418</sup> Vid. NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre el empleo de mercenarios a la Comisión de Derechos Humanos* -documento E/CN.4/2004/15, de 24 de diciembre de 2003, párrafos 57-58-.

<sup>419</sup> Emersson FORIGUA ROJAS, “Las nuevas guerras: un enfoque desde las estructuras”, *Papel Político*, vol. 11, n° 1, enero-junio 2006, pp. 305-352, disponible en [www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/9LASNUEVAS.pdf](http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/9LASNUEVAS.pdf); y M. KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001, p. 16 y ss..

<sup>420</sup> Emersson FORIGUA ROJAS, *op.cit.* pp. 326-327.

<sup>421</sup> Vid. Carla DEL PONTE y Chuck SUDETIC, *La Caza: yo y los criminales de guerra*, Ariel, Barcelona, 2009, pp.64-350.



minas”<sup>422</sup> en calidad de instrumentos cotidianos de guerra (por ejemplo, en las contiendas de Camboya, ex Yugoslavia, Colombia o en África –Sierra Leona-, y la ocupación de Estados Unidos en Irak)<sup>423</sup>.

Cabe agregar que la introducción de tecnología puntera en las técnicas de guerra ha conducido irremediabilmente a que las ESP/EMSP sean cada vez más propensas a cometer graves violaciones del Derecho internacional. En este orden de ideas, y ante la complejidad que envuelve específicamente a las EMSP, éstas podrían evitar caer en actuaciones ilícitas si determinan los vínculos y conexiones que existen entre ellas, y a su vez con los canales transnacionales establecidos por el proceso de globalización. Dicho de otro modo, se trataría de determinar cuáles son los lazos y nexos que unen a las EMSP con otras organizaciones internacionales dedicadas a otros campos como la lucha contra el tráfico de armas, drogas, tráfico de personas y lavado de dinero o cualquier otra que permita precisar el alcance global de la amenaza<sup>424</sup>. El objetivo sería establecer un mapa estructural y organizacional y así emprender acciones concretas, coordinadas y operacionales a la vista de la comunidad internacional.

Estas estructuras organizacionales de principios de siglo XXL, son llamadas *netwar* o “guerra red”<sup>425</sup>. Este proyecto de Jon Arquilla y David Ronfeldt, de la *Rand Corporation*, señala lo siguiente:

“es un modo de conflicto que se desarrolla tanto en los niveles sociales como militares, en los cuales los protagonistas usan formas de red en su organización, doctrina, táctica y estrategia. Los protagonistas son organizaciones dispersas, quienes se comunican, coordinan y conducen sus acciones sin un comando central gracias a los grandes avances en materia de comunicaciones”<sup>426</sup>.

---

<sup>422</sup> Vid. Pilar CRUZ ZÚÑIGA, Adriana GONZÁLEZ GIL y Rocío MEDINA MARTÍN, *La diáspora colombiana. Derechos humanos & migración forzada. Colombia-España 1995-2005*, ArCiBel, Sevilla, 2008, pp. 34-35.

<sup>423</sup> Así por ejemplo, Martin van Creveld analiza el concepto de guerra y la relación guerra-población en la era de la globalización y ante los nuevos conflictos regionales. Vid. Martin van CREVELD, *La transformación de la guerra*, Editions du Rocher, París, 1998, pp. 12-252.

<sup>424</sup> El concepto de “ciberguerra” últimamente es utilizado para caracterizar los conflictos internacionales actuales. Vid. Antonio MÉNDEZ RUBIO, *La apuesta invisible: cultura, globalización y crítica social*, Editorial Montesinos, España, 2003, p. 225.

<sup>425</sup> El concepto de “guerra red” también es analizado por : Mark DUFFIELD, *Las nuevas guerras en el mundo global: la convergencia entre desarrollo y seguridad*, los libros de la Catarata, Madrid, 2004, pp. 240-241

<sup>426</sup> J. ARQUILLA J. y D. RONFELDT, *El advenimiento de la guerra red*, RAND Corporation, Santa Monica, 1996, p. 5.

### **III.G. La construcción de un marco teórico para las ESP/EMSP**

Desde 2010 varios Estados, como Suiza (lo que veremos más adelante), han tratado de crear un modelo de organización parecido a un Código de Conducta para las ESP/EMSP, en el cual se establezca un esquema general para su funcionamiento y regulación interna. Sin embargo, aún prevalecen enormes ambigüedades dada la complejidad y dificultad que rodean las diversas funciones y actividades de las ESP/EMSP, por lo que desde nuestra perspectiva (y partiendo de las aportaciones de Kaldor, Arquilla y Ronfeldt), lo esencial a desarrollar en el propuesto marco teórico de conducta sería definir los objetivos y decisiones que deben seguir las ESP/EMSP.

Entre los objetivos se analizarían los supuestos peligros a los cuales se van a enfrentar las ESP/EMSP: esto permitirá identificar al personal militar que necesitarán, y que proporcionará unidad a la empresa privada para que funcione y trabaje en el logro de sus objetivos. Definidos los objetivos particulares, las ESP/EMSP pasarían a la configuración de las operaciones militares que van a desarrollar en el plano estratégico y logístico.

En nuestra opinión, particularmente las EMSP deberían establecer su propio Centro Internacional de Operaciones, donde se concentre un cuerpo directivo y administrativo de todas las operaciones militares a desarrollar en todos los niveles: nacional, regional, internacional y global. En este órgano, las EMSP analizarían la información de alta especialización, y así podrían seleccionar los mecanismos para planificar, coordinar, ejecutar y evaluar sus acciones armadas; esto es, para saber de qué se dispone a la hora de emprender la logística militar encomendada o contratada.

De acuerdo con este planteamiento y para su funcionamiento efectivo, proponemos que el siguiente paso fuera el entrenamiento selectivo, es decir, se buscarían las formas de que las EMSP consiguieran los miembros para reponer las bajas o extender sus operaciones. La constante preparación de dicho personal bélico especializado debe contemplar todos los niveles de la empresa, pues es la persona misma el eje central para que este tipo de empresas funcione.

En este orden de ideas, la promoción juega un papel esencial, y es indispensable proyectar al personal especializado en los medios de comunicación, principalmente en Internet. Para las EMSP Internet es su principal medio de difusión de publicidad para reclutar personal<sup>427</sup>, y por eso es crucial que las ESP/EMPS determinen cuáles podrían ser las formas y los mensajes para promover sus servicios y los objetivos que persiguen<sup>428</sup>. Hay que señalar que las EMSP manejan diferentes correos electrónicos y mensajes según los destinatarios; por lo general, cuando se dirigen a un Estado señalan las características del personal que necesitan y donde van a laborar, si en el Estado de origen o en un Estado extranjero.

Por otro lado, recordemos que las EMSP deben tomar en consideración una serie de elementos operacionales para realizar ataques precisos con el objetivo de tener el menor número posible de bajas, ya sean militares o civiles. De esta manera, las EMSP deben reevaluar los siguientes criterios:

1.- El espacio operacional territorial: las EMSP tienen que analizar a fondo las zonas urbanas y rurales para llevar a cabo determinadas acciones, ya sea en un Estado o varios donde vaya a desarrollar su despliegue de fuerzas armadas; es decir, el espacio operacional debe contemplar todos los ámbitos estratégicos: local, regional e internacional<sup>429</sup>.

2.- El siguiente aspecto sería la seguridad y el control de las operaciones militares: en este campo, las EMSP tendrían que reorganizar su estructura sobre todo para mantener seguros sus planes, las fuerzas y el personal involucrado en las actividades de la empresa o en los actos de violencia a desarrollar. Ahora bien, el equipo bélico especializado es indispensable para la empresa de seguridad privada; por tanto, resulta

---

<sup>427</sup> Las redes sociales, como Twitter y Facebook, pueden convertirse en el principal medio de difusión de las ESP/EMSP para reclutar personal en todo el mundo. Vid. [www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/2009-annual-report-facts-figures-190510](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/2009-annual-report-facts-figures-190510)

<sup>428</sup> La promoción de dichas empresas por Internet podría ser considerada lo que Sonia Güell llama desdoblamiento de imagen, al mostrarse con una imagen desvinculada con el público, donde demuestran gran interés por ser vistas como empresas legítimas y transparentes en sus actividades, e incluso como amantes de la paz mundial. Vid. Sonia GÜELL PERIS, *op. cit.*, p. 219.

<sup>429</sup> Carlos Ortiz opina que, en general, las ESP/EMSP han abierto una “Nueva Gerencia Pública”, la cual favorece la participación de las empresas privadas en el ámbito del sector público. Vid. Carlos ORTIZ DOMÍNGUEZ, “Compañías Militares Privadas y la nueva gerencia pública de la seguridad”, *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 9, octubre de 2008, GERI-UAM, pp. 1-19, en [www.relacionesinternacionales.info](http://www.relacionesinternacionales.info)

necesario establecer de forma concreta y precisa cuál es su capacidad real en armamento, pues de ello depende hasta dónde podría llegar en sus acciones -sean armas o no-, y el nivel de su efectividad en el momento de alcanzar determinados objetivos.

3.- Otros elementos que las EMSP deberían reconsiderar son los elementos ideológicos y psicológicos: estas empresas deben aceptar que las circunstancias actuales cambian, y tendrán que entrar en un proceso de completa transformación, muy en particular en el aspecto cultural<sup>430</sup>, si quieren ser aceptadas y reconocidas ética y jurídicamente por la comunidad internacional como actores no estatales relacionados con el uso de la fuerza armada<sup>431</sup>.

Estas transformaciones son esenciales, o de lo contrario continuarán siendo consideradas por el Derecho internacional como una laguna jurídica sin resolver, al mismo tiempo que las acciones de estas empresas se tornarán más complejas con el paso del tiempo<sup>432</sup>. Es importante señalar que, a nivel internacional, se resalte la importancia del Documento de Montreux de 2008 -del cual haremos referencia en el próximo capítulo-, para el establecimiento de un Código de conducta destinado a las ESP/EMSP.

---

<sup>430</sup> Ana María Salazar Slack afirma que las grandes urbes han optado por la seguridad privada para lograr una calidad de vida imponiendo una nueva cultura; es decir, es la gente quien debe tener el control de su seguridad. Vid. Ana María SALAZAR SLACK, “Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia”, *Gaceta UNAM*, número 4.344, 13 de junio de 2011. p. 7.

<sup>431</sup> Según wikileaks, para agosto de 2010 había en Afganistán e Irak 40.000 contratistas privados, mientras se siguen creando más ESP/EMSP en Estados Unidos y Reino Unido, como la estadounidense Zapata Engineering y la británica Aegis. Véase <http://revolutionaryfrontlines.wordpress.com/2010/10/23/wikileaks-reveals-blackwater-shooting-of-civilians-in-iraq/>

<sup>432</sup> “El negocio de la seguridad privada está viviendo una revolución en Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. La multiplicación de conflictos regionales ha elevado la demanda de protección por parte de compañías multinacionales y organizaciones no gubernamentales. En paralelo, el incremento de las operaciones militares en el exterior lleva a los ejércitos a privatizar una parte de sus funciones”. Luis MONTOTO, “Las compañías militares privadas crecen en Estados Unidos, Gran Bretaña e Israel. En España, la ley no permite que haya empresas que desempeñen este tipo de actividad, pero el debate está sobre la mesa”, *Expansión*. Com empresas, en [www.expansion.com/2011/06/22/empresas/1308778671.html?a=83ceefaeb32caaa1c2f9007bb2720aff&t=1325200691](http://www.expansion.com/2011/06/22/empresas/1308778671.html?a=83ceefaeb32caaa1c2f9007bb2720aff&t=1325200691)

## **CAPÍTULO IV**

### **EL ESTADO Y LAS ESP/EMSP EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

#### **INTRODUCCIÓN**

En relación con el estudio anterior, surgieron algunas propuestas para incluir y regularizar a las ESP/EMSP en situaciones de conflicto armado dentro de las normas del Derecho Internacional Humanitario. En el nivel internacional se llegó a adoptar la Declaración de Montreux de 2008, hasta ahora el único referente normativo hacia un proceso de transformaciones dentro del universo de las ESP/EMSP.

#### **IV.A. Las ESP/EMSP y el Derecho Internacional Humanitario: El inicio de un proceso de reforma**

Ante las experiencias adquiridas en la guerra de Irak en 2003 y el consiguiente agravamiento de la situación iraquí, producto en parte de la inexistencia de una regulación para las ESP/EMSP, diversos foros internacionales como la ONU y su Grupo de Expertos –junto a algunas organizaciones de tipo no gubernamental de carácter civil y humanitario- realizaron algunas propuestas que contemplaban que el personal de las ESP/EMSP debe tener conocimiento pleno del marco jurídico en el que se desarrollan, con inclusión del Derecho Internacional Humanitario. Las ESP/EMSP, al desplegar sus operaciones militares -directas o indirectas-, deben respetar las normas del Derecho internacional y del Derecho Internacional Humanitario en casos de guerra<sup>433</sup>.

Cabe agregar que la creación de mecanismos eficaces destinados a controlar las ESP/EMSP y su personal contratado –cualquiera que sea su nacionalidad- requiere la colaboración plena de los Estados, quienes habrán de elaborar una lista de personas -

---

<sup>433</sup> En realidad, las EMSP se encuentran ansiosas por encontrar legitimidad. Vid. Alfredo GUTIÉRREZ GÓMEZ, *La propuesta: Complejidad, derecho y representación política*, Universidad Iberoamericana, México, 2003, p.60.

militares o no- que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) apátridas, b) que se encuentren en riesgo de perder la nacionalidad, c) que hayan obtenido otra nacionalidad, y d) que tengan doble nacionalidad en su caso.

Estas medidas deben ser adoptadas por las ESP/EMSP y por los Estados que las contratan, los Estados en donde fueron constituidas y aquellos Estados donde actúan; en concreto, las dos últimas situaciones -es decir, el Estado de origen y el Estado territorial-, podrían ser reguladas mediante un marco jurídico específico.

Hasta ahora, muy pocos Estados han adoptado disposiciones jurídicas para que las ESP/EMSP puedan diseñar y desarrollar sus operaciones tanto en el interior de su territorio como en el extranjero, siendo en general para la comunidad internacional todavía una cuestión pendiente por resolver. Otra medida importante es adaptar la responsabilidad de mando a la nueva realidad, pues las fuerzas armadas de los Estados cuentan con una amplia variedad de medidas correctivas, tanto judiciales como administrativas, y su propio ordenamiento jurídico –el Derecho militar-.

El seguimiento y mejora de estas disposiciones podrían ayudar a los oficiales a mantener la disciplina, el respeto del Derecho Internacional Humanitario, y el mando y control de los efectivos de las tropas. Por otro lado, el sistema estatal militar señala la posible responsabilidad penal de un oficial al mando que haya omitido la prevención o bien no haya reprimido graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Introducir en este ámbito de la seguridad privada el concepto de “mando responsable” podría ser un instrumento muy importante para prevenir violaciones del Derecho Internacional Humanitario por parte de los efectivos durante y después de las operaciones militares. Todavía es un proyecto, pero en la medida de lo posible se podría aplicar para regular las ESP/EMSP<sup>434</sup>, como veremos más adelante en el *caso Yamashita*.

Las propuestas antes citadas se sumaron a los estudios realizados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organismo tradicionalmente encargado de supervisar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, para dar seguimiento a

---

<sup>434</sup> El concepto de “mando responsable” es analizado por Alejandro ANAYA MUNOZ, *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos*, Universidad Iberoamericana, México, 2005, p.30.

los trabajos proporcionados por el Grupo de Expertos de la ONU sobre ESP/EMSP en 2004<sup>435</sup>.

En este sentido, el proyecto del CICR contemplaba establecer una vía de negociación entre los Estados de origen de las ESP/EMSP y los Estados receptores<sup>436</sup>. De hecho, los primeros contactos entre el CICR y los principales Estados proveedores de dichas empresas (Estados Unidos, Gran Bretaña y Sudáfrica<sup>437</sup>), así como con algunos otros Estados interesados en la problemática, como Alemania y Sierra Leona<sup>438</sup>, comenzaron en 2005 con el objetivo primordial de asegurar que los Estados ejercieran sus responsabilidades con respecto a los proyectos y operaciones de las ESP/EMSP, y alentarlos a que adoptaran las medidas apropiadas con la intención de garantizar el pleno respeto del Derecho Internacional Humanitario. Como ha afirmado Jaume Saura:

“los Estados, a la vez que ceden sus competencias en materia de seguridad a empresas privadas extranjeras, tienen la obligación insoslayable de articular mecanismos jurídicos y procesales para reconocer su propia responsabilidad ante los propios ciudadanos”<sup>439</sup>.

Paralelamente a este proceso, aunque sin muchas expectativas, el CICR inició conversaciones con representantes directos del sector de las ESP/EMSP con la finalidad de promover y reforzar el Derecho Internacional Humanitario<sup>440</sup>, pues la grave situación de las víctimas en conflictos armados donde operaban los “contratistas militares privados” hacía indispensable un acercamiento con y entre ellos<sup>441</sup>. Asimismo, como meta sumamente ambiciosa, el CICR se propuso que el personal contratado por las

---

<sup>435</sup> Véase CRUZ ROJA INTERNACIONAL en [www.ctv.es/USERS/sos/queescre.htm](http://www.ctv.es/USERS/sos/queescre.htm), “El CICR fortalece sus relaciones con las empresas militares y de seguridad privada”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 9 de septiembre de 2004, disponible en <http://www.cicr.org/>

<sup>436</sup> Vid. CICR, “La privatización de la guerra”, en [www.icrc.org/WEB/SPA/Sitespa0.nsf/html/6R8NK6](http://www.icrc.org/WEB/SPA/Sitespa0.nsf/html/6R8NK6).

<sup>437</sup> Sobre los principales países proveedores de ESP/EMSP, véase Alfredo GUTIÉRREZ GÓMEZ, *La propuesta: Complejidad, derecho y representación política*, Universidad Iberoamericana, México, 2003, pp.60-63.

<sup>438</sup> Acerca de las EMSP en Sierra Leona, véase Antonio VERGER CANALS y Alberto RECIO, *El sutil poder de las transnacionales: lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado*, Icaria editorial, Barcelona, 2003, pp. 76-80.

<sup>439</sup> Jaume SAURA ESTAPÀ, “Algunas reflexiones en torno a la privatización de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los Derechos Humanos” en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *op. cit.*, p. 253.

<sup>440</sup> Sobre la situación del Derecho Internacional Humanitario después de la Guerra Fría, véase Jorge PUEYO LOSA, “Conflictos armados actuales y mecanismos de aplicación del Derecho internacional humanitario”, *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 83, enero-junio de 2004, pp. 11-58.

<sup>441</sup> Vid. L. CONDORELLI, “L’évolution des mécanismes visant à assurer le respect du Droit international humanitaire”, en *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L’évolution du Droit international*, París, 1998, p. 127.

ESP/EMSP se acercara a conocer el *modus operandi* del propio Comité Internacional de la Cruz Roja.

De esta manera, el CICR reafirmó a los actores involucrados la urgente necesidad de aplicar en los conflictos armados las normas principales del Derecho Internacional Humanitario. Particularmente, para el Estado signatario señaló que éste es responsable del comportamiento de sus fuerzas armadas de conformidad con el “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” - aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en 2001-, pues en su artículo 7 indica que el comportamiento de un órgano, persona o entidad del Estado facultada para ejercer prerrogativas del poder público se considerará hecho del Estado si tal órgano, entidad o persona actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia.

Esta disposición había sido aprobada desde la primera lectura por la CDI de la ONU, en donde la mayoría de los Estados miembros aceptaron la responsabilidad del comportamiento de los miembros de sus tropas, incluso cuando éstos actúan a título personal<sup>442</sup>. En relación con este último inciso, se consideró como *lex specialis*, es decir, una excepción a la norma<sup>443</sup>. En este orden de análisis, puede justificarse en cualquier circunstancia la responsabilidad del Estado por los actos y comportamientos de los miembros que forman parte de sus fuerzas armadas, pues el Estado ejerce un control total, estricto e inmediato sobre sus efectivos; incluso dicho dominio lo ejerce más que sobre otros empleados públicos en tiempos de guerra<sup>444</sup>.

A esta cuestión cabe añadir que, en hechos regidos por el Derecho Internacional Humanitario, los integrantes de las fuerzas armadas estatales siempre se encuentran en servicio activo y nunca actúan como personas privadas, puesto que en esta calidad nunca habrían entrado en contacto con el enemigo ni mucho menos estarían actuando en territorio del Estado contrario. Para Christian Walter, la responsabilidad del Estado se

---

<sup>442</sup> Vid. James CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado: Introducción, texto y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 109- 310.

<sup>443</sup> La responsabilidad internacional del Estado había sido analizada desde la aprobación del artículo 3 del Convenio IV del Convenio de la Haya de 1907.

<sup>444</sup> En otro contexto, sobre la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, el Relator Especial de la CDI ha reconocido que “una conducta no tiene por qué atribuirse necesariamente a un único objeto”. Vid. G. GAJA, *Second Report on Responsibility of International Organizations* -doc.A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004, p. 3-.



ha hecho sumamente compleja en la medida en que los Estados confían cada vez más en los actores no estatales con determinadas funciones públicas, como lo es el uso de la fuerza; dicho autor señala que la privatización de las funciones básicas del Estado ha afectado considerablemente a sus obligaciones internacionales, principalmente la administración de justicia<sup>445</sup>.

Ahora bien, hay que recordar que el artículo 8 del proyecto de la CDI es otra disposición importante, pues considera hecho del Estado el comportamiento de un particular o grupo de personas si esa persona o ese grupo actúan por instrucciones o bajo el control y dirección del Estado al observar ese comportamiento, es decir, que éste sea efectivamente un agente *de facto* de un Estado extranjero<sup>446</sup>. En este sentido, en caso de surgimiento de alguna controversia, habría que analizar si el comportamiento de un particular ha sido controlado por el Estado de tal manera que se le pueda atribuir como acto suyo<sup>447</sup>. Dicho de otro modo, las medidas que el Estado debe adoptar para controlar al sector privado y sus operaciones siguen siendo objeto de debate, pues se carece de elementos para determinar hasta qué punto un contrato concertado entre el Estado y una EMSP puede originar una posible responsabilidad del Estado por actos de la milicia privada<sup>448</sup>. Por su parte, el CICR considera que los Estados son responsables de violaciones del Derecho Internacional Humanitario con independencia de que las mismas sean cometidas por miembros de sus fuerzas armadas o por “contratistas militares privados” que actúen en su nombre<sup>449</sup>. Esta postura del CICR se puede constatar, por ejemplo, en la Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario<sup>450</sup>; en la última Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Suiza

<sup>445</sup> Vid. Christian WALTER, “Subjects of International law”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 30 de enero de 2012.

<sup>446</sup> Vid. James CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, *op.cit.*, pp. 23-27.

<sup>447</sup> En Estados Unidos, y de acuerdo con la *Federal Tort Claim (FTCA)*, se permite a los extranjeros -ya sean residentes o no en territorio estadounidense- iniciar una acción civil en los tribunales federales estadounidenses por daños causados por un agente estatal (empleado del Estado).

<sup>448</sup> Chia LEHNARDT, *op.cit.*, pp. 6-7; ver también Carsten HOPPE, “Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies”, *European Journal of International Law*, vol.19, 2008, pp.989-1014.

<sup>449</sup> Vid. Alexander KEES, “Responsability of States for Private Actors”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), consultado el 12 de marzo de 2012.

<sup>450</sup> Nils MELZER, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, Ginebra, diciembre de 2010, véase en [www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0990.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf)

en diciembre de 2011<sup>451</sup>; en la Declaración de Astana<sup>452</sup>, así como en la propia Declaración de Montreux.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, se pueden reseñar la sentencia de 1986 de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*<sup>453</sup> y la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*<sup>454</sup>, pues en ellas se analizó desde diferentes perspectivas la probable responsabilidad internacional del Estado por el comportamiento de algunos de sus órganos en conflictos armados y, por consiguiente, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Siguiendo esta misma línea, la responsabilidad internacional del Estado por el comportamiento de un órgano o grupo de personas que actúan bajo su control se vio fortalecida en la práctica paradójicamente por la propia decisión de las grandes potencias. El Consejo de Seguridad de la ONU autorizó en 2001 a Estados Unidos a que atacara Afganistán, tras sufrir los ataques terroristas perpetrados en su territorio por el grupo no estatal Al Qaeda –resolución 1111 (2001), de 1 de noviembre de 2001-<sup>455</sup>, sin considerar a fondo si efectivamente el gobierno afgano ejercía un control general y efectivo sobre dicho grupo terrorista y sus células esparcidas por diversas partes del mundo<sup>456</sup>, y por tanto dejaba así abierta la posibilidad de que esta nueva interpretación de la disposición, aplicada según los intereses de las grandes potencias, pueda convertirse en norma consuetudinaria de Derecho internacional<sup>457</sup>.

---

<sup>451</sup> Vid. [www.rcrcconference.org/docs\\_upl/es/31IC\\_Implementation\\_report\\_IHL\\_ES.pdf](http://www.rcrcconference.org/docs_upl/es/31IC_Implementation_report_IHL_ES.pdf)

<sup>452</sup> Declaración de Astana, diciembre de 2010, véase en <http://www.osce.org/es/cio/74991>

<sup>453</sup> La sentencia de 27 de junio de 1986 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* –fondo- (Nicaragua c. Estados Unidos) exigió un grado mayor de control efectivo para determinar la responsabilidad de Estados Unidos por los actos de los contras nicaragüenses que combatieron contra el gobierno de Nicaragua. Se debía comprobar desde un principio del conflicto que Estados Unidos tenía un control efectivo de todas las operaciones militares y paramilitares en el transcurso de las cuales se habían cometido las violaciones de Derecho Internacional Humanitario, -p.14, para. 115-.

<sup>454</sup> Consultar la Decisión de la Sala de Apelaciones de 22 de octubre de 1995 en el caso *Prosecutor vs. Tadic* –competencia- (IT-94 -1-AR72); y también la sentencia de la Sala II de Instancia de 7 de mayo de 1997 en este mismo caso *Prosecutor vs. Tadic* (IT-94-1-T), para. 116-572.

<sup>455</sup> Jason BURKE, *Al Qaeda, The true story of radical islam*, I.B. Tauris, Nueva York, 2004, pp.22-277.

<sup>456</sup> Vid. Kintto LUCAS, *Estados Unidos en guerra: del miedo a la libertad vigilada*, ediciones Abya-Yala, Quito, 2001, pp. 93-98.

<sup>457</sup> Vid. Kintto LUCAS, *ibidem*, pp. 93-98.

#### IV.B. El Documento de Montreux y el proyecto de Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas

Dentro de este proceso iniciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y otros Estados que se sumaron a la problemática, como Suiza y Alemania -entre otros-, se dio a conocer el denominado “Documento de Montreux”<sup>458</sup>. En dicho documento se reafirma la obligación de los Estados de vigilar que el comportamiento de las ESP/EMSP que operan directamente en conflictos armados se adecúe a los parámetros del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>459</sup>.

Efectivamente, desde 2007 las conversaciones entre el CICR y los Estados proveedores de ESP/EMSP entraron en un proceso decisivo, sobre todo después de que el CICR hubiera expresado su preocupación ante la posición de los Estados de seguir contratando ESP/EMSP sin regulación alguna; al mismo tiempo, hizo un llamamiento a los Estados en conflicto armado sobre la gravedad de continuar contratando ESP/EMSP y, peor aún, permitir que los “contratistas militares privados” participaran abierta e indiscriminadamente en operaciones de combate, pues éstas deben permanecer dentro de la esfera de responsabilidad de los gobiernos y no deberían externalizarse a esos ejércitos privados<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> El Documento de Montreux fue el resultado de una iniciativa del Gobierno de Suiza y el CICR, y fue aprobado el 17 de septiembre de 2008 por 17 Estados, incluyendo los habituales países de origen de las EMSP (Afganistán, Alemania, Angola, Australia, Austria, Canadá, China, Estados Unidos, Francia, Iraq, Polonia, Reino Unido, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Ucrania). Puede consultarse dicho *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, de 17 de septiembre de 2008, en el documento de Naciones Unidas A/63/467-S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008, pp. 4-30, y en [www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908)

<sup>459</sup> Véanse por ejemplo las numerosas resoluciones de la Asamblea General relacionadas con la “utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”: Resolución 48/92, de 16 de febrero de 1994; Resolución 49/150, de 26 de diciembre de 1994; Resolución 50/138, de 21 de diciembre de 1995; Resolución 51/83, de 12 de diciembre de 1996; Resolución 52/112, de 18 de febrero de 1998; Resolución 53/135, de 1 de marzo de 1999; Resolución 54/151, de 29 de febrero de 2000; Resolución 55/86, de 21 de febrero de 2001; Resolución 56/232, de 26 de febrero de 2002; y Resolución 57/196, de 11 de noviembre de 2002.

<sup>460</sup> Pablo Gámez ha señalado en este contexto que “Las empresas militares y seguridad privada no operan bajo la definición que tenemos de mercenarios. Por lo tanto, la legislación internacional no es aplicable. Lo que hemos hecho es elaborar un nuevo instrumento internacional, sometido a Naciones Unidas. Lo están discutiendo pero hay un bloqueo enorme, muy fuerte, por los países donde radica esta nueva industria de la seguridad: Estados Unidos, Reino Unido y Francia”. Pablo GÁMEZ, “América Latina, tierra de mercenarios”, *Radio Nederland*, 8 de septiembre de 2011, en [www.rnw.nl/espanol/article/am%C3%A9rica-latina-tierra-de-mercenarios](http://www.rnw.nl/espanol/article/am%C3%A9rica-latina-tierra-de-mercenarios)

Estas afirmaciones tuvieron cierto apoyo en algunos sectores militares conservadores en el seno de los principales Estados proveedores de ESP/EMSP, como Estados Unidos<sup>461</sup>, Reino Unido y Francia<sup>462</sup>. Tal influencia se reflejó en una nueva posición de los Estados de origen y, así, el primer borrador sobre un posible marco regulador de ESP/EMSP contemplaba un “enfoque de integración total” de la problemática que envolvía a las ESP/EMSP. De esta forma se creaba el Documento de Montreux.

Dicho Documento de Montreux de septiembre de 2008 fue respaldado, además de por los propios Estados proveedores de ESP/EMSP, por los gobiernos de China, Alemania, Polonia, Sudáfrica<sup>463</sup>, Irak y Afganistán, entre otros Estados<sup>464</sup>. Sin embargo, no es un documento legalmente vinculante ni debe ser interpretado como coartador o prejuzgante de las obligaciones en Derecho internacional, sino como un espacio de reflexión y análisis proporcionado por la voluntad política de las propias potencias proveedoras de ESP/EMSP. Los objetivos eran, por un lado, clarificar y confirmar las obligaciones internacionales vigentes por parte de los diversos Estados implicados y, por el otro, establecer buenas prácticas para ellos en relación con las empresas militares privadas durante los conflictos armados<sup>465</sup>.

En efecto, el Documento de Montreux parte de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, particularmente de aquéllos que se encuentran involucrados directamente en el universo de las ESP/EMSP y que tienen una participación activa en un conflicto armado -sea interno o internacional-. Asimismo, propone una serie de lineamientos de buenas prácticas que deben seguir este tipo de empresas, que van desde la transparencia de licencias hasta mejorar la formación, supervisión y la transparencia de sus resultados, con la finalidad de garantizar el respeto del Derecho Internacional

---

<sup>461</sup> Dicho sector lo integran principalmente los militares y los expertos que diseñaron el proyecto “The New American Way of War” en 2001. Vid. Juan Manuel SANDOVAL PALACIOS y Alberto BETANCOURT POSADA, *La hegemonía estadounidense después de la guerra en Irak*, Centro de Estudios para América del Norte, Plaza y Valdés, México, 2005, p. 43.

<sup>462</sup> A partir de 2003, Francia adoptó en su Código penal una serie de medidas contra el mercenarismo. Véanse sus reglas L436-1, L436-2, L436-3, L436-4 y L436-5.

<sup>463</sup> Al convertirse Sudáfrica en un país clave para regular las ESP/EMSP, véase OCDE, *Manual del CAD/OCDE sobre la reforma del sistema de seguridad: apoyo a la seguridad y a la justicia*, OECD Publishing, 2008, pp. 253-254.

<sup>464</sup> En 2011 el Documento de Montreux contaba con la firma de 36 Estados, de los cuales 3 son latinoamericanos: Chile, Uruguay y Ecuador.

<sup>465</sup> Vid. Zagato LAUSO y Pinto SIMONA, *La tortura nel nuovo millennio*, Wolters Kluwer, Milán, 2010, p. 90.

Humanitario y los derechos humanos. Sin embargo, su carácter recomendatorio le hace perder fuerza frente al empuje y la complejidad de las ESP/EMSP.

El mencionado Documento está integrado por unas setenta recomendaciones, como producto de las mejores prácticas de los Estados, con la finalidad de verificar los antecedentes de las ESP/EMSP, así como examinar los procedimientos que llegan a utilizar para investigar a su personal. Por otro lado, se hace un llamamiento para que los Estados adopten medidas concretas con el fin de garantizar que los miembros del personal de las ESP/EMSP puedan ser llevados a juicio en caso de cometer violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario<sup>466</sup>.

Entre las principales aportaciones del Documento de Montreux<sup>467</sup> se encuentran las siguientes premisas: se consideran entidades privadas aquellas que ofrecen servicios no sólo militares, sino para todo tipo de seguridad, independientemente de cómo se denominen. Estos servicios incluyen armeros, protección a personas e instalaciones, mantenimiento y operaciones de sistemas armamentísticos, detención e interrogatorio de prisioneros de guerra, formación de fuerzas de seguridad -sean locales o personales-, etc.

Establece, para el análisis, tres categorías de Estados: contratantes -aquéllos que contraten sus servicios-; Estados territoriales -en donde operen las empresas militares y de seguridad privada-; y los Estados de origen -aquéllos bajo cuya legislación interna se han constituido las ESP/EMSP-. En términos generales, los Estados contratantes conservan sus obligaciones de conformidad con el Derecho internacional, aunque contraten empresas militares y de seguridad privadas para ciertas actividades. Si actúan como fuerzas de ocupación, tendrán la obligación primordial de velar por la no

---

<sup>466</sup> Ver *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, de 17 de septiembre de 2008 –documento de Naciones Unidas A/63/467 y S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008-. *Primera Parte. Obligaciones jurídicas internacionales pertinentes relativas a las empresas militares y de seguridad privadas*.

<sup>467</sup> Consultar *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados*, en [www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908)

violación del Derecho Internacional Humanitario ni de los Derechos Humanos, así como en la medida de lo posible restaurar el orden público<sup>468</sup>.

Un aspecto primordial del Documento es su rechazo a que los Estados contratantes contraten las ESP/EMSP para desarrollar actividades que el Derecho internacional sólo asigna al Estado, como por ejemplo, el control de campos de prisioneros de guerra o bien otras situaciones similares susceptibles del reclutamiento de civiles de acuerdo con la IV Convención de Ginebra de 1949<sup>469</sup>.

El Documento también sostiene que los Estados contratantes deberán asegurar el respeto pleno de las leyes internacionales por parte de las ESP/EMSP, y particularmente vigilar que se encuentren dentro de la legalidad. No deberán apoyarlas en caso de incumplimiento de las citadas normas, y tendrán que tomar medidas para suprimir cualquier violación de las mismas por medio de leyes y/o reglamentos militares, órdenes administrativas y otras medidas reguladoras destinadas a aplicar sanciones judiciales, administrativas o disciplinarias<sup>470</sup>.

En cuanto a los Estados territoriales, éstos tienen la obligación de asegurar también el respeto hacia el Derecho Internacional Humanitario, y en especial, organizar campañas publicitarias para que sea conocido el texto de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 entre el personal de las ESP/EMSP. En situaciones de ocupación, las obligaciones del Estado territorial se podrán limitar a las zonas en donde disponen de un control efectivo. Asimismo, tienen la responsabilidad de promover la legislación interna necesaria para aplicar sanciones legales a los individuos que lleguen a cometer graves violaciones de las Convenciones de Ginebra y, donde sea aplicable, del Protocolo Adicional I. Por tanto, recae en ellos la obligación de buscar e intentar capturar a los posibles responsables de esas vulneraciones y llevarlos ante la justicia, independientemente de la nacionalidad que acredite el acusado.

Además, los Estados territoriales asumen la responsabilidad primordial de investigar, perseguir, extraditar o entregar a los individuos sospechosos de haber cometido otros

---

<sup>468</sup> *Ibidem*, en [www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908)

<sup>469</sup> *Ibid.*, en [www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908)

<sup>470</sup> Vid. documento de Naciones Unidas A/63/467 y S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008, *op. cit.*, pp. 7-12.

delitos calificados como graves contra las normas internacionales, como la tortura y el secuestro de personas. En este sentido, tales eventuales juicios deberán desarrollarse dentro del ámbito de las normas del Derecho internacional<sup>471</sup>. No obstante, en la práctica, el personal extranjero de las empresas militares y de seguridad privada a menudo está protegido de la jurisdicción del Estado territorial a través de cláusulas de inmunidad en sus contratos; incluso aunque tales disposiciones no existieran, estas empresas suelen operar en Estados con débiles estructuras judiciales e improbables procesamientos penales en casos de este tipo.

Por su parte, los Estados de origen también tienen la obligación de asegurar el respeto a las normas humanitarias internacionales. Al igual que los Estados territoriales deberán difundir los Convenios de Ginebra de 1949 y otras normas importantes entre el personal de las ESP/EMSP, y adoptar las medidas pertinentes para evitar violaciones de las mismas. Igualmente, los Estados de origen se ven obligados a promover las leyes necesarias para imponer sanciones efectivas a los individuos que cometan graves atentados contra los Convenios de Ginebra de 1949 y, donde se pueda aplicar, el Protocolo Adicional I de 1977. Dichos Estados se comprometen a buscar, perseguir y entregar a posibles sospechosos de graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario, cumpliendo así con las mismas obligaciones asignadas a los Estados territoriales<sup>472</sup>.

El resto de los Estados tendrán también la obligación de respetar las premisas de control de la ley internacional; investigar, perseguir, extraditar o entregar criminales; y adoptar medidas legislativas internas o de otra índole que llegaran a ser necesarias para tal finalidad, siempre dentro de sus capacidades y posibles marcos de actuación.

Otras de las aportaciones más importantes del Documento de Montreux es su propuesta para regular las ESP/EMSP. En el documento antes citado, dichas empresas están obligadas a cumplir con todas las premisas relacionadas con el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos que les imponga el Derecho nacional aplicable. Asimismo, tienen la obligación de acatar otros sectores del Derecho interno

---

<sup>471</sup> *Ibíd.*, pp. 10 - 11.

<sup>472</sup> *Ibidem*, pp. 26-29.

que les resulten aplicables, como los ordenamientos penal, fiscal, laboral y cualquier otra normativa vigente en el ámbito de los servicios militares y de seguridad<sup>473</sup>.

El estatuto jurídico del personal de las ESP/EMSP se determinará por el Derecho Internacional Humanitario, en función de cada caso y de acuerdo con arreglo a la naturaleza y las circunstancias de las funciones que desempeñen. En el caso de que se trate de personas civiles, no deben ser objeto de ataques a menos que participen activa y directamente en las hostilidades. Todo el personal de las ESP/EMSP, independientemente de su condición concreta, gozará de protección como personal civil hasta el momento en que se incorporen a las Fuerzas armadas de un Estado o se integren en un grupo o grupos armados organizados<sup>474</sup>.

Otra cuestión es que estos individuos tienen el derecho a ser considerados como prisioneros de guerra en los escenarios de guerra si son personas que acompañan a las Fuerzas Armadas según las condiciones previstas en el párrafo 4 del artículo 4 A del III Convenio de Ginebra. Asimismo, el personal de las ESP/EMSP puede ser llevado a juicio si cometen actos tipificados como delitos por la legislación nacional aplicable o el Derecho Internacional.

En cuanto a la responsabilidad del superior, ésta se aplica a personal de las ESP/EMSP, sean civiles o militares, así como a presidentes o directores de las ESP/EMSP, quienes podrán ser acusados de crímenes contra el Derecho Internacional cometidos por su personal como resultado de una falta de control sobre sus miembros, de acuerdo con las leyes internacionales. La responsabilidad del superior no podrá ser adquirida sólo por virtud de un contrato.

En este contexto, el Documento de Montreux hizo hincapié en que las normas estipuladas en los tratados del Derecho Internacional Humanitario han de ser respetadas no sólo por los Estados y sus fuerzas armadas, independientemente de su capacidad para hacer cumplir con esta obligación y su pérdida en el monopolio del uso de la fuerza, sino también por las ESP/EMSP y por cualquier otra parte en un conflicto armado. Dicho de otra manera, el Documento de Montreux trata de fortalecer al Estado en sus

---

<sup>473</sup> *Ibidem*.

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 11-12.



funciones de seguridad militar, y encaminarlo nuevamente hacia el monopolio exclusivo del uso de la fuerza armada mediante el control y seguimiento estricto de las ESP/EMSP<sup>475</sup>.

Para Sonia Güell, el Documento de Montreux se involucra directamente con las obligaciones que impone el Derecho Internacional Humanitario, pues existe la preocupación latente de que las ESP/EMSP con carácter más agresivo y sometidas a alguna investigación en su contra puedan buscar sedes alternativas o de conveniencia, según sus intereses políticos, económicos, militares y estratégicos<sup>476</sup>.

En ese orden de ideas, estas compañías pueden tener una naturaleza compleja, que resulta clasificable en el siguiente orden: empresas militares proveedoras, que operan en el frente de batalla mediante comandos de fuerza; compañías militares consultoras, que ofrecen sus servicios para el entrenamiento y la supervisión; y las firmas militares de apoyo, que serán aquellas suministradoras de ayuda y asistencia necesaria no letal, como la conducción de vehículos, la vigilancia y otras actividades no militares, siendo este tipo de empresa privada la menos analizada en dicho ámbito<sup>477</sup>.

Ante la complejidad de esta temática, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el uso de mercenarios había señalado en su visita a Chile del 9 al 16 de julio de 2007<sup>478</sup> algunos cuestionamientos, que aún siguen siendo objeto de análisis: ¿cuáles serían los elementos específicos del monopolio del uso de la fuerza que el Estado no debería ceder a ESP/EMSP?; ¿cuáles podría ceder y cuáles serían los mecanismos de control sobre ellos?; ¿qué niveles de capacitación se necesitan para la observancia plena de los derechos humanos por parte de las ESP/EMSP, así como de personas jurídicas y de su personal en general?

Otras cuestiones importantes se refieren a cuáles serían las sanciones en caso de delitos o violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos;

---

<sup>475</sup> Véase [www.sectorseguridad.com](http://www.sectorseguridad.com)

<sup>476</sup> Sonia GÜELL PERIS, *op. cit.*, p. 229.

<sup>477</sup> Se considera que la desaparición de Executive Outcomes en enero de 1999 inició un proceso de reestructuración de las EMSP, con la intención de lograr cierta legitimidad de sus acciones en los Estados donde operan. Mark DUFFIELD, *Las nuevas guerras en el mundo global: la convergencia entre el desarrollo y seguridad*, La Catarata, Madrid, 2004, p.103.

<sup>478</sup> Vid. Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios concluye visita a Chile, en [www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8014&LangID=S](http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8014&LangID=S)

¿cómo puede cada Estado ejercer el control, supervisión y vigilancia sobre las ESP/EMSP, en especial cuando éstas operan en escenarios transnacionales?; ¿cuáles serían los mecanismos de registro y licencias, y quién sería el responsable de su concesión?; o ¿cómo se definirían y controlarían la posesión y el adiestramiento para el empleo de armas y otros equipos bélicos?<sup>479</sup>. Todos estos interrogantes son la tarea medular del Grupo de Trabajo de la ONU<sup>480</sup>, integrado por cinco relatores especiales dedicados a la problemática que nos ocupa<sup>481</sup>.

Estos planteamientos, y el propio Documento de Montreux, han conducido a un clima de reflexión internacional donde los Estados en su conjunto están considerando qué servicios pueden delegar<sup>482</sup>, y cuáles serían las consecuencias -tanto internas como internacionales- de aplicar el citado Documento de Montreux. Cabe agregar que, de forma paralela a la adopción de este Documento, el gobierno suizo impulsó la creación de un Código Internacional de Conducta para el sector de la seguridad privada<sup>483</sup>, que incluye principios de operación para los proveedores de estas empresas siguiendo los lineamientos impuestos por el Derecho Internacional Humanitario y las normas internacionales de Derechos Humanos<sup>484</sup>. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó una resolución para establecer una Convención sobre

<sup>479</sup> Mark DUFFIELD, *Las nuevas guerras en el mundo global*, op.cit., p. 104.

<sup>480</sup> El Grupo de Trabajo sobre la Utilización de Mercenarios depende del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a partir del 15 de marzo de 2006. Al Grupo de Expertos se le considera más imparcial, pues los cinco expertos independientes que lo integran provienen de sistemas políticos y jurídicos distintos.

<sup>481</sup> Vid. Amanda BENAVIDES DE PÉREZ, “Compañías Militares y de Seguridad Privadas. Un fenómeno renovado”, en *Zero*, número 22, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.12-15, disponible en [www.cebela.org.br/site/baCMS/files/875401ART05%20Margarita%20Marin.pdf](http://www.cebela.org.br/site/baCMS/files/875401ART05%20Margarita%20Marin.pdf)

<sup>482</sup> En este sentido, Pilar Pozo ha señalado las ventajas (mayor flexibilidad y rapidez de despliegue, etc.) e inconvenientes (rigidez en las prestaciones establecidas por contrato, actuaciones unilaterales no controladas por la cadena de mando militar y no siempre ajustadas a derecho, insuficiente control político, casos de mala gestión financiera...) de recurrir a contratistas privados para tareas desempeñadas tradicionalmente por los Ejércitos estatales, teniendo en cuenta que algunas de esas labores tiene un carácter especialmente sensible al estar vinculadas al monopolio estatal de la violencia. Vid. P. POZO SERRANO, “El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control”; en *Athena Intelligence Journal*, vol.2, n°4, Artículo 11/11, 19 de diciembre de 2007, p.228 y ss.

<sup>483</sup> El texto completo puede consultarse en [www.icoc-psp.org/](http://www.icoc-psp.org/). Véase el último informe de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 28 de noviembre-1 de diciembre de 2011, en [www.rcrcconference.org/docs\\_upl/es/31IC\\_Implementation\\_report\\_IHL\\_ES.pdf](http://www.rcrcconference.org/docs_upl/es/31IC_Implementation_report_IHL_ES.pdf)

<sup>484</sup> El Código Internacional para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada es una iniciativa del gobierno suizo con fecha 9 de noviembre de 2010. Contaba a finales de 2010 con la firma de 60 empresas de seguridad privada. Vid. María Eugenia SUÁREZ DE GARAY, “El documento de Montreux”, en [www.insvde.org.mx/EXPAGES/ni16\\_documento\\_montreux.asp](http://www.insvde.org.mx/EXPAGES/ni16_documento_montreux.asp); y [www.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL\\_CODE\\_OF\\_CONDUCT\\_SPA.pdf](http://www.icoc-psp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_SPA.pdf)

EMSP<sup>485</sup>. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre Mercenarios presentó en uno de sus últimos informes<sup>486</sup> el proyecto sobre la futura Convención Internacional para la regulación, supervisión, vigilancia y monitoreo de las Compañías Militares y de Seguridad Privadas<sup>487</sup>.

En esta propuesta se señala la necesidad de reforzar el monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte de los Estados. Para ello, la Convención busca el consenso en cuanto a las funciones que deben ser inherentes al Estado como principal sujeto del monopolio del uso de la fuerza, y que se prohíben transferir a las EMSP. En este sentido, algunas funciones cuya delegación se encontraría prohibida serían, por ejemplo, la intervención directa en las hostilidades, la participación en espionajes, la captura o interrogatorio a prisioneros de guerra, etc. La Convención adopta la misma clasificación de Estados que propone el Documento de Montreux de 2008. Incluye, además, medidas indispensables para promover la rendición de cuentas, la regulación del uso de armas y mecanismos de reparación a las víctimas. Finalmente, la Convención propone el establecimiento de un organismo de control responsable de las tareas de monitoreo y sanción. Cabe señalar que, a diferencia del Documento de Montreux, la Convención está pensada para su aplicación a todas las situaciones, incluyendo las de conflicto armado, y es, además, un instrumento vinculante<sup>488</sup>.

El proyecto por ahora ha recibido un total y absoluto rechazo de las principales potencias del mundo, como Estados Unidos, Francia y Reino Unido<sup>489</sup>, pues se inclinan más a la autoregulación del fenómeno; sin embargo, supone un avance significativo para lograr superar el vacío jurídico existente en la materia.

---

<sup>485</sup> Resolución A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010.

<sup>486</sup> Documento de Naciones Unidas A/HRC/18/32, de 4 de julio de 2011.

<sup>487</sup> Las recomendaciones del Grupo de Trabajo estuvieron divididas en dos informes: el primero de ellos fue analizado en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre de 2010, y el segundo en la Tercera Comisión de la Asamblea General en noviembre de 2010 -doc. A/65/325, de 15 de noviembre de 2010-.

<sup>488</sup> Vid. José Luis GÓMEZ DEL PRADO y Helena TORROJA MATEU, *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 93 y ss.

<sup>489</sup> Así por ejemplo, el Gobierno del Reino Unido anunció en su Parlamento, en marzo de 2011, su intención de establecer un código de conducta basado en el Código de Conducta Internacional, pero no considera la creación de normas jurídicas para regular a las EMSP en su territorio. Vid. Documento de Naciones Unidas A/HRC/18/32, de 4 de julio de 2011, p. 18.

De cualquier manera, ya sea en el Documento de Montreux como en la citada propuesta Convención Internacional para la regulación de las EMSP, la mayoría de los Estados reclama ahora que las ESP/EMSP, como actores no estatales, adopten mecanismos de responsabilidad civil y social a nivel público<sup>490</sup>. La adopción de estas medidas ayudaría a quienes recurran a los servicios de seguridad y vigilancia con regularidad. En este sentido, es preciso señalar que la fluidez de información resulta esencial para difundir la normatividad, y así la sociedad civil organizada y otras organizaciones en pro de los Derechos Humanos podrían jugar un papel importante en la evaluación de los servicios de seguridad privada. Cabe agregar que la violación de los Derechos Humanos se ha agravado drásticamente en “la guerra contra el terror”, ante la decisión constante del gobierno estadounidense de transferir presuntos sospechosos de terrorismo internacional a terceros Estados<sup>491</sup>.

#### **IV.C. La responsabilidad civil de las ESP/EMSP por infracciones del Derecho Internacional Humanitario**

En relación con la problemática anterior, es necesario precisar algunos casos concretos en donde las ESP/EMSP pueden encontrarse en una situación de responsabilidad civil por vulneración del Derecho Internacional Humanitario.

Para Éric Mongelard y Jaume Saura, determinar la responsabilidad civil de las empresas privadas es un asunto sumamente complejo, al desempeñar diferentes papeles en un escenario bélico, sea interno o internacional. Dichos autores han propuesto en los últimos años varios análisis teóricos basados en los documentos internacionales para determinar la existencia de la responsabilidad civil de las ESP/EMSP<sup>492</sup>. En estos

---

<sup>490</sup> Herbert Wulf propone cuatro niveles para regular las ESP/EMSP: el control local, nacional, regional y la regulación internacional-global, en lo que llama el Monopolio público del uso de la fuerza. Se trata de instaurar un exclusivo control constitucional y parlamentario de las ESP/EMSP en los Estados donde se han celebrado acuerdos para su funcionamiento, el establecimiento de instrumentos regionales que se adapten a las diversas problemáticas y realidades, y la creación de un protocolo adicional a la Convención de 1989, dedicado a estas nuevas formas de privatización de la guerra y la seguridad. Herbert WULF, “Reconstructing the Public Monopoly of Legitimate Force”, en Alan BRYDEN y Marina CAPARINI (eds.), *Private Actors and Security Governance*, Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Ginebra, 2006, pp. 1-36.

<sup>491</sup> Sobre la política de Estados Unidos en relación con la problemática Derechos Humanos-Empresas Militares, véase AA.VV., *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, editorial Icaria, Barcelona, 2008, p.82.

<sup>492</sup> E. MONGELARD, “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 863, septiembre de 2006, pp. 346-348; y

análisis se plantean cuestiones que giran en torno a la importancia de conocer los fundamentos jurídicos legales que dan lugar a la responsabilidad civil de las empresas, con la finalidad de establecer obligaciones concretas a las ESP/EMPS en caso de cometer violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

De esta forma, siguiendo la metodología sugerida por ambos autores y en relación con el primer cuestionamiento de estudio, mencionemos los documentos históricos internacionales que dan forma e integridad a la responsabilidad como norma de Derecho de Derecho Internacional Humanitario. Recordemos entonces que, en este ámbito, el principio de reparar se especificó en el artículo 3 del IV Convenio de La Haya de 1907, según el cual un jefe puede ser responsable de sus subordinados por violaciones de las leyes y los usos de la guerra, y se reitera la obligación del Estado de reparar todo hecho internacionalmente ilícito cometido por él o que resulte de la conducta de algunos de sus órganos. Ello se confirmaría en el artículo 51 del I Convenio de Ginebra de 1949<sup>493</sup>, y luego por el artículo 91 del Protocolo adicional 1 de 1977.

Así, una vez señalados los instrumentos alusivos a la responsabilidad internacional, el siguiente paso consiste en analizar los documentos referentes a las obligaciones de las empresas privadas de conformidad con el Derecho internacional, dado que son el fundamento jurídico para dar lugar a la responsabilidad civil de las empresas, tal como establecen dichos autores en sus respectivos estudios. Así, se puede citar que, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945, la gran proliferación de actores no estatales y, en particular, de las grandes empresas multinacionales de origen estadounidense y europeo con gran poder económico, político y social, condujo a que el Derecho Internacional contemporáneo se concentrara cada vez más en explicar su evolución, sin importar origen ni nacionalidad<sup>494</sup>.

---

Jaume SAURA ESTAPÀ, “Algunas Reflexiones en torno a la Privatización de la Guerra Fría y la Seguridad y sus Consecuencias en el Disfrute de los Derechos Humanos”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *op. cit.*, pp. 241-260.

<sup>493</sup> Otras disposiciones que disponen la responsabilidad estatal y su relación con el Derecho Internacional Humanitario son las siguientes: el artículo 52 del II Convenio de Ginebra, de 12 de Agosto de 1949, para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el Mar; el artículo 131 del III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de Guerra.

<sup>494</sup> Vid. Charles MOYER, James R. McGUILLAN y William J. KRETLOW, *Administración financiera contemporánea*, 9ª edición, International Thompson, México, 2005, pp. 42-43.

Desde entonces, una de las preocupaciones del ordenamiento internacional no sólo ha sido regular las relaciones entre las entidades estatales, sino también entre los Estados y las personas, con el objeto de conducir tanto a la responsabilidad del Estado como a la responsabilidad penal internacional del individuo, aún más ahora con la incursión de los nuevos actores armados no estatales, como las ESP/EMSP y sus empleados, los denominados “contratistas militares privados”.

Otros instrumentos de carácter vinculante, por ser tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), indican en sus respectivos artículos 5.1 que ningún grupo deberá emprender o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades establecidas en ambos Pactos<sup>495</sup>.

Más recientemente, esta tendencia de reconocer responsabilidades a los actores no estatales se reflejó en la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) por el Consejo de Seguridad de la ONU, así como con la propia creación de la Corte Penal Internacional mediante el Estatuto de Roma de 1998.

Mientras tanto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recordó que todos los integrantes de la sociedad mundial, incluida la parte privada, tienen responsabilidades en relación con el derecho a una alimentación apropiada<sup>496</sup>. Poco después, fue firmada en 1977 la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) para la eliminación del mercenarismo en África<sup>497</sup>.

Por otro lado, en el contexto de los conflictos armados no internacionales, el Derecho Internacional Humanitario también impone obligaciones no sólo a las personas, sino también a todos los demás actores no estatales, en particular a grupos u organizaciones armadas. Así por ejemplo, el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra, así

---

<sup>495</sup> Hernando SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Código de Derecho Penal Internacional. Colección de Textos de Jurisprudencia*, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 259- 275.

<sup>496</sup> Vid. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

<sup>497</sup> Esta Convención fue firmada el 3 de julio de 1977, y entró en vigor el 22 de abril de 1985. *UNTS*, vol. 1490, p.89; consúltese también *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 53, 1998, p. 141.

como las disposiciones del Protocolo adicional II, se aplican de forma directa y automática a todas las partes involucradas en los conflictos internos<sup>498</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2000<sup>499</sup>, es otro referente esencial que señala en su artículo 10 la responsabilidad de las personas jurídicas –que puede ser de índole penal, civil o administrativa-<sup>500</sup>. Dicha Convención representó el precedente inmediato para que, en agosto de 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobara las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los Derechos Humanos*<sup>501</sup>. Tales Normas de Derechos Humanos para las Empresas aprobadas por la ONU no constituyen un tratado que los Estados puedan ratificar para asumir obligaciones vinculantes. Sin embargo, poseen autoridad y gran probabilidad de tener cierto efecto legal, pues son el resultado de un largo proceso de consultas y negociaciones<sup>502</sup>. Por este motivo, pueden conllevar influencia jurídica en el Derecho internacional y en los ordenamientos nacionales.

Hasta este momento, las citadas Normas representan el único instrumento que hace referencia de forma explícita a la responsabilidad que tienen las empresas privadas de reparar los daños producidos por violaciones de las obligaciones internacionales<sup>503</sup>.

---

<sup>498</sup> Otras convenciones que establecieron que el Derecho Internacional se aplicaba a los actores no estatales, y por tanto a las empresas, junto a sus respectivas obligaciones y responsabilidades fueron, por ejemplo: la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, que en su artículo 1 señala a las organizaciones, instituciones y personas como posibles responsables de cometer el crimen de Apartheid; el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación hace referencia a que las Partes contratantes prohíban a todos los individuos llegar a conducir o transportar residuos peligrosos; o el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, que establece la responsabilidad civil de los propietarios de buques por los posibles daños al mar por la utilización de hidrocarburos.

<sup>499</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 (véase su texto en el Anexo I de esta resolución), la citada Convención fue abierta a la firma por los Estados en la Conferencia celebrada del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia).

<sup>500</sup> José ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas. Tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: Lucha Global contra la delincuencia organizada transnacional*, coedición Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber, Marcial Pons, Dykinson, Madrid, 2009, pp.80-159.

<sup>501</sup> Vid. documento de Naciones Unidas E/C.N. 4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003; y UNCTAD, *La publicación de información sobre la repercusión de las empresas en la sociedad*, 2004, p. 27.

<sup>502</sup> Vid. <http://prof.usb.vu/vurbina/docs/onuempresas.pdf>

<sup>503</sup> Véase el párrafo 18 de las citadas Normas: “Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y

Además, todas ellas estipulan que las empresas privadas deben evitar cometer o beneficiarse de eventuales vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario<sup>504</sup>.

Otro documento relacionado con las empresas privadas para reparar daños con arreglo al Derecho internacional son los denominados *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>505</sup>. Dicho instrumento establece mecanismos destinados a compensar por daños a las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Según esta Declaración, los Estados están obligados a vigilar que las víctimas puedan tener acceso a la justicia<sup>506</sup>, sin importar quien sea responsable de dicha violación, y tienen el deber de ejecutar las sentencias de sus tribunales que hagan referencia a reparaciones a los individuos, aún más si los responsables de estas violaciones resultan ser las empresas privadas<sup>507</sup>.

A los documentos antes citados se pueden agregar las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales elaboradas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>508</sup>, así como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, realizada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>509</sup>.

---

comunidades que hayan sido perjudicadas por su incumplimiento de las presentes Normas mediante, entre otras cosas, la indemnización, la restitución, la retribución y la rehabilitación por todo daño irrogado o todo bien esquilado”.

<sup>504</sup> Vid. B. STEPHEN, “The amorality of profit: transnational corporations and human rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, pp. 68-70.

<sup>505</sup> Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, y recogidos en su anexo: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; ver en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>. Consúltase Antonio BERISTAIN, *Derecho Penal, Criminología y Victimología*, editorial afiliada, Curitiba, Juruá, 2007, p.395.

<sup>506</sup> En este sentido, otro documento importante es el informe del Secretario General “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, -doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005-.

<sup>507</sup> Hay que subrayar que las EMSP -entre las cuales se encuentran las estadounidenses Vinelli Corporation, Military Professional Resources, Kellogg Brown & Root, Dyncorp, Science Applications, International Communications Corporations, BDM International o DFI International- tienen un estatuto civil, y cada vez que cometen un delito es mayor la ambigüedad de éste, a lo que se suma la complejidad de estar compuestas por personal con un gran número de nacionalidades. José L. GÓMEZ DEL PRADO, “Los nuevos mercenarios del siglo XXI”, *Papeles de cuestiones internacionales*, op. cit, p. 26.

<sup>508</sup> *Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades*, 1999, p. 47.

<sup>509</sup> Vid. la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1977, en



Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también señala en su artículo 71 que las entidades no estatales están obligadas a reparar posibles daños, de acuerdo con el Derecho internacional. Cabe agregar que la Corte tiene la facultad de imponer una sanción al infractor, e indicarle la reparación pertinente debida a las víctimas<sup>510</sup>. Ahora bien, acerca del tipo de reparación, la Corte considera que será otorgada de forma individual, aunque no se excluye la posibilidad de conceder reparaciones colectivas, o bien una combinación de ambas reparaciones<sup>511</sup>.

Jaume Saura recuerda que el artículo 71 del Estatuto de la Corte Penal Internacional sólo se refiere a crímenes internacionales graves, como los crímenes contra la humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra más graves. De ellos, afirma dicho autor que los dos primeros tienen una mínima aplicabilidad, pues es difícil que las ESP/EMSP puedan llegar a cometer esos delitos<sup>512</sup>. Caso distinto son los crímenes de guerra, por ser de carácter individual, que sí se ajustan, no sólo a la aplicación del artículo 71, sino también a los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma<sup>513</sup>.

De esta forma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) representó un instrumento jurídico esencial que permitía por primera vez a todas las víctimas presentar demandas de reparación contra el individuo responsable directo de una infracción del Derecho internacional<sup>514</sup>. Con todo lo anterior, el ordenamiento internacional estableció mecanismos para imponer obligaciones a las empresas y paralelamente establecer una tendencia de carácter dinámico y continuo, en donde las entidades no estatales que

---

[www.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1482:declaraciripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y-la-polca-social&catid=236:marco-normativo-libsin&Itemid=1262](http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1482:declaraciripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y-la-polca-social&catid=236:marco-normativo-libsin&Itemid=1262)

<sup>510</sup> Véase Luis CÁCERES RUIZ, *La Corte Penal Internacional*, op. cit., p.120.

<sup>511</sup> P. LEWIS y H. FRIMAN, "Reparations to victims", en R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 482-483.

<sup>512</sup> La tesis de que las empresas en general deben ser responsables por sus actos, aplicando el principio *ultra vires* (más allá de las facultades conferidas por las leyes o por los estatutos de la empresa), cada vez gana más simpatizantes entre la comunidad internacional, pues en la actualidad es bien aceptado que la empresa recibe poderes y privilegios del propio Estado, y por ello debe cumplir las leyes del Estado donde reside y respetar, asimismo, el Derecho internacional.

<sup>513</sup> Jaume SAURA ESTAPÀ, "Algunas Reflexiones en torno a la Privatización de la Guerra Fría y la Seguridad y sus Consecuencias", op. cit., pp. 241-260.

<sup>514</sup> Vid. Kai AMBOS, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp.7-193; y Daniel PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 50 y ss.

violan las normas del Derecho internacional tengan la obligación primordial de reparar los perjuicios causados a las víctimas.

La cuestión de fondo se centra en encontrar el momento o las circunstancias que producen una conducta ilícita y el perjuicio y que, por tanto, lleven a una posible responsabilidad por parte de las ESP/EMSP, según lo contemplado por el Derecho Internacional Humanitario. La complejidad de esta problemática ha sido analizada por Jaume Saura, quién propone que las obligaciones y las responsabilidades en la cuestión de los Derechos Humanos por parte de las ESP/EMSP puedan ser aplicadas a través de los siguientes principios clásicos de culpabilidad en el Derecho civil<sup>515</sup>:

1.- *La Culpa in eligendo* (culpa en la elección)<sup>516</sup>: este principio señala que, de acuerdo con la responsabilidad corporativa, dichas empresas pueden ser responsables directas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario en la medida en que sus empleados sean denunciados tanto interna como internacionalmente.

2.- El principio *Culpa in vigilando* (culpa en la vigilancia) puede también ser aplicado aquí, pues las ESP/EMSP son sujetos responsables por la inexistencia de control de su personal, incluso tal como había señalado desde 2006 el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas sobre mercenarios<sup>517</sup>. Ante esto, habría que introducir un sistema de registro y licencia regulador de las actividades de estas empresas, de tal manera que puedan ser sancionadas cuando no respeten la legalidad nacional e internacional<sup>518</sup>.

El análisis de fondo debe partir forzosamente de los Tribunales de Núremberg de 1945<sup>519</sup>, considerados por el Derecho internacional contemporáneo como el antecedente

---

<sup>515</sup> Jaume SAURA ESTAPÀ, “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, p.18, en [www.reei.org](http://www.reei.org); A. MACÍAS CASTILLO, “Culpa in eligendo” y “Culpa in vigilando”, *Actualidad Civil*, número 15, 2007, pp. 1830-1833; y María MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 200.

<sup>516</sup> Otro autor que, por ejemplo, analiza los principios “Culpa in eligiendo” y “Culpa in vigilando” es Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, editorial la Ley, Madrid, 2007, pp. 143-144.

<sup>517</sup> Vid. Doc. A/HRC/4/42, de 7 de febrero de 2007, *cit.*, para.67.

<sup>518</sup> Consultar las propuestas del Grupo de Expertos de las Naciones Unidas para el mercenarismo en doc. A/61/341, de 13 de septiembre de 2006, *cit.*, para. 76.

<sup>519</sup> Vid. NACIONES UNIDAS, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Naciones Unidas, 2003, pp. 2-404.

y fundamento obligado de la responsabilidad internacional del individuo<sup>520</sup>, que involucra precisamente tanto a las personas como a las empresas privadas, incluyendo a las ESP/EMSP<sup>521</sup>.

#### IV.D. Los Tribunales Militares de Núremberg y la responsabilidad civil de las empresas privadas

Efectivamente, para analizar qué tipos de actos son imputables a una empresa, el referente inmediato e imprescindible son los Tribunales Militares de Nuremberg<sup>522</sup>, creados al finalizar la Segunda Guerra Mundial y antes del inicio del clima de Guerra Fría en las relaciones internacionales<sup>523</sup>.

Hay que recordar que las entonces potencias ocupantes aprobaron la Ley de Control de Consejo nº 10, con fecha 20 de diciembre de 1945, para juzgar a todo individuo sospechoso de haber cometido crímenes, incluidos los crímenes de guerra<sup>524</sup>. Con esta base jurídica se estableció el Tribunal militar que se ocupó de varios casos relativos a empresarios alemanes<sup>525</sup>, representativos del fundamento jurídico para responsabilizar a las empresas por presuntas violaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>526</sup>.

---

<sup>520</sup> Sobre la tipificación de los delitos, véase D. ROBINSON, “Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference”, en *American Journal of International Law*, vol. 93, nº 1, 1999, pp. 43-44.

<sup>521</sup> E. MONGELARD, “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario”, *op. cit.*, pp. 346-348.

<sup>522</sup> Vid. Antonio CASSESE, “Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del tribunal de Nuremberg”, en [http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf)

<sup>523</sup> Vid. Socorro FLORES LIERA, “De Nuremberg a La Haya: la responsabilidad penal de las personas”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, número 76-77, 2006, pp. 51-76.

<sup>524</sup> El texto completo del Estatuto del Tribunal de Nuremberg se puede consultar en A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, tomo I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1955, pp. 406 y ss.

<sup>525</sup> Sobre la constitución de los tribunales militares internacionales se pueden consultar, entre otros, José ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, *Temas de Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, Colección Relaciones Internacionales, Aebius, Madrid, 2005, p.15 y ss.; Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI y Marta VALCÁRCE LÓPEZ (dirs), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 9-11.

<sup>526</sup> El Tribunal Militar de Nuremberg, junto con el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, han sido hasta hoy objeto de diversas críticas desde el punto de vista estrictamente jurídico, sobre todo acerca de sus respectivos establecimientos. Ambas jurisdicciones fueron diseñadas e implementadas por la concepción de Derecho internacional propia de las Grandes Potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, representando sólo una pequeña parte de la comunidad internacional y por tanto del desarrollo del Derecho internacional. Por tanto, se podría anotar que no fueron respetados como tales los principios de imparcialidad y objetividad del debido proceso. Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. 1, *op.cit.*, pp. 405-406.

En el primer caso, doce altos directivos de la empresa alemana Krupp fueron acusados<sup>527</sup>, entre otras cuestiones, de robo hacia el bien común en territorio ocupado alemán durante el desarrollo de la guerra, de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y de expoliación, por utilizar en situaciones crueles e inhumanas a prisioneros de guerra, personal civil y extranjero e internos en diversos campos de concentración convertidos en fábricas, y también por haber sido empleados en la fabricación de armamento.

El Tribunal analizó las actividades de esa compañía para así determinar la responsabilidad penal de los empresarios alemanes. Examinó, también, la cuestión de la adquisición de bienes de la empresa Krupp en Holanda y en Alsacia (Francia). En relación con esta cuestión, el Tribunal Militar consideró a la empresa Krupp como persona jurídica al tener la capacidad de actuar como tal y por tanto de ser participe en crímenes<sup>528</sup>. El Tribunal concluyó que la adquisición de la fábrica de Austin por la empresa Krupp constituía una violación del artículo 48 del Reglamento de la Haya que exige que se respeten las leyes en vigor en un Estado ocupado<sup>529</sup>. Asimismo, señaló se había violado el artículo 46 de dicho Reglamento, cuyo tenor literal indica que la propiedad privada en un Estado ocupado debe ser respetada.

El Tribunal Militar señaló que la empresa Krupp había participado voluntariamente a través de sus dirigentes en dichas violaciones del Derecho internacional. En cuanto a las pruebas en relación a los actos de pillaje cometidos en territorio holandés, el Tribunal se refirió a los actos cometidos por la empresa Krupp para concluir que dicha empresa había cometido actos ilícitos de expoliación y pillaje en dicho Estado entre 1944 y 1945; asimismo, determinó que ciertas empresas holandesas habían sido objeto de explotación y saqueo en beneficio de las fuerzas militares alemanas de forma cruel y

---

<sup>527</sup> Vid. Augusto HERNÁNDEZ CAMPOS, “Los procesos por crímenes contra la paz después del Tribunal internacional de Nuremberg”, *Revista trimestral Gobernanza Global*, Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales y Derecho Internacional, año 2, No. 5, abril-julio de 2010, pp. 19-47.

<sup>528</sup> Un análisis sobre la empresa Krupp en la Segunda Guerra Mundial se localiza en Jon ELSTER, *Rendición de Cuentas: la Justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz editores, Buenos Aires, 2006, pp. 191-192.

<sup>529</sup> El caso de la empresa alemana Krupp y el Derecho internacional es analizada en NACIONES UNIDAS, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, United Nations Publications, 2003, pp. 95-97.

despiadada, sin la menor consideración a la economía local y como parte de un plan intencional y deliberado<sup>530</sup>.

Respecto a la acusación de que la empresa Krupp había explotado en sus industrias a prisioneros de guerra, trabajadores extranjeros e internados civiles de los campos de exterminio nazi, el Tribunal examinó el trato que recibieron los empleados por parte de la empresa y en qué condiciones se encontraban, particularmente en las fábricas de armas. En esta cuestión, los acusados manifestaron en su defensa que se vieron obligados a utilizar a tales empleados, dado que, en caso contrario, habrían corrido el riesgo de que las autoridades nazis les confiscaran las fábricas y, en general, los bienes de la empresa.

El Tribunal argumentó que la empresa tenía la obligación de publicar los requisitos para la contratación de personal; sin embargo, la empresa Krupp había preferido buscar la mano de obra en los campos de concentración ante su escasez en la Alemania en estado de guerra.

En su sentencia, el Tribunal Militar concluyó que la empresa Krupp había mostrado un interés desmesurado por utilizar a prisioneros de guerra en trabajos forzados<sup>531</sup>. Esta decisión del Tribunal inyectaba personalidad jurídica a la empresa, y demostró al mismo tiempo que la responsabilidad era atribuible a su grupo directivo<sup>532</sup>. De esta manera, el Tribunal Militar estableció en 1948 que una empresa podía ser responsabilizada por graves infracciones de Derecho Internacional Humanitario<sup>533</sup>.

En otro caso, con respecto al grupo industrial alemán I.G. Farben, dedicado a la química, sus dirigentes fueron acusados de crímenes de guerra, pillaje y expoliación de bienes públicos y privados en territorios ocupados, así como de crímenes de guerra y

---

<sup>530</sup> Véase *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, United States Government, Printing Office, Washington, 1950, p.1370, en [www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/NTs\\_war-criminals.html](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html)

<sup>531</sup> Sentencia de 31 de julio de 1948, *ibidem*. p. 1327.

<sup>532</sup> Vid. A. RAMASASTRY, "Corporate complicity from Nuremberg to Rangoon: an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations", *Berkeley Journal of International Law*, vol, 20, 2002, p.112.

<sup>533</sup> La sentencia del Tribunal Militar, pronunciada el 31 de julio de 1948, declaró a Alfried Krupp, principal directivo de la empresa, culpable de "saqueo y depredación" así como de "trabajos forzados", y le condenó a 12 años de cárcel y a la confiscación de todos sus bienes por parte del comandante de zona. En resumen, los jueces habían considerado probadas las acusaciones iniciales.

crímenes de lesa humanidad por la utilización de mano de obra en trabajos forzados. El Tribunal Militar fundamentó su acusación al considerar a la compañía como persona jurídica, sobre todo en los cargos de pillaje.

El Tribunal Militar consideró que la empresa era responsable directa de haber violado el artículo 47 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que prohibía el pillaje, el cual cometió en diversos países ocupados (Polonia, Noruega y Francia) -tal y como lo definía la Ley de Control del Consejo no. 10-, y afirmó que dichas acciones estaban íntimamente relacionadas con la política alemana de ocupación<sup>534</sup>.

El Tribunal Militar también señaló que las normas de Derecho Internacional Humanitario eran aplicables *ipso facto* a la empresa alemana I.G. Farben; es decir, el fallo del Tribunal Militar demostró abiertamente posibilidad de imputar cargos por violaciones del Derecho Internacional Humanitario a dicha empresa, aunque no tuviera jurisdicción para procesar a personas jurídicas, principalmente por crímenes de guerra.

La sentencia del Tribunal Militar internacional dió paso a considerar en qué otros asuntos podría ser responsable una empresa por violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Estos serían por actuaciones de sus propios empleados o de otros órganos suyos, grupos armados o incluso de un Estado. Dentro del Derecho Privado se encuentra el principio de responsabilidad civil subsidiaria; según esta norma, un superior puede ser responsable de los actos de sus empleados. En la CDI, un tipo de responsabilidad similar se menciona en el segundo capítulo de su Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado para referirse a su responsabilidad por actos de órganos, personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público de ese Estado (arts.5 y 6).

Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad civil de las empresas por violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por sus subordinados o terceros, el derecho a aplicar será atribución de los sistemas jurídicos nacionales de acuerdo con las normas del Derecho civil aplicable. Para Mongelard (de nacionalidad

---

<sup>534</sup> Vid. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, p. 1141.

canadiense, y quebequés), esta situación la ejemplificaría el Derecho de Québec, y concretamente el artículo 1.463 del Código Civil de dicha región canadiense, que señala: “El superior es responsable de reparar los daños resultantes de faltas de sus agentes y empleados en el cumplimiento de sus funciones, aunque le conserva la posibilidad de recurrir contra ellos”<sup>535</sup>. Esta norma tipifica y reafirma que la empresa puede ser posible responsable por actos de terceros, conforme al *Common Law* o derecho anglosajón (entendido como un cuerpo de normas jurídicas -penales y civiles- que dan forma al Derecho angloamericano); y por otro lado, la *equity* o derecho-equidad declara la potestad jurisdiccional que tienen los tribunales, tanto federales como locales, para conocer de todas las controversias que surjan dentro del orden constitucional, y sobre interpretación y aplicación de los tratados internacionales<sup>536</sup>.

Por otra parte, el régimen de la responsabilidad civil encargado de la responsabilidad no contractual también reconoce este principio llamado *respondeat superior*. Asimismo, Mongeland señala las condiciones necesarias para que se produzca la responsabilidad civil de una empresa, que serían las siguientes: que se trate de un acto ilícito por parte del empleado, la necesidad de una relación laboral y que efectivamente el empleado haya causado el daño en el ejercicio de sus funciones<sup>537</sup>. La cuestión que ha de plantearse entonces es determinar la autoridad del superior sobre el trabajador, así como examinar la función de éste y el método utilizado para el cumplimiento de sus labores.

El jefe ha de tener toda la capacidad y la autoridad sobre el agente que desarrolla el trabajo. Dicho control es indispensable para determinar la responsabilidad civil de una empresa. Este requisito es uno de los más difíciles de establecer debido a que en algunas empresas existe la figura del subcontratista y, con ello, una desvinculación con el

---

<sup>535</sup> El artículo 1464 del Código Civil de Quebec, aprobado en 1991, refuerza la tesis sobre la responsabilidad del superior por los actos de sus subordinados al señalar lo siguiente: “Un agente o empleado del Estado o de una persona jurídica establecida en el interés público no cesa de actuar en el ejercicio de sus funciones por el mero hecho de que realice un acto que es ilegal, no autorizado o fuera de su competencia, por el hecho de que él está actuando como un agente del orden público”. Véase [www.canlii.org/en/qc/laws/stat/sq-1991-c-64/latest/sq-1991-c-64.htm](http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/sq-1991-c-64/latest/sq-1991-c-64.htm). Eric MONGELARD, “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario”, *Review International of the Red Cross*, septiembre de 2006, n° 863, pp. 14-15. Cabe agregar que, al ser Quebec una provincia francesa en Canada, la influencia del Derecho continental europeo puede reflejarse en la interpretación de la norma. Vid. [http://en.wikipedia.org/wiki/Civil\\_Code\\_of\\_Quebec](http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Code_of_Quebec).

<sup>536</sup> Así, el Derecho-Equidad actúa como derecho supletorio, para cubrir los errores y minimizar los rigores del estricto *Common Law*. Vid. Oscar RABASA, *El Derecho anglo-americano: estudio expositivo y comparado del Common Law*, Porrúa, México, 1982, pp. 136- 137.

<sup>537</sup> Eric MONGELARD, “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario”, *Review International of the Red Cross*, septiembre de 2006, n° 863, pp. 14-15.

trabajador. En principio, la figura del subcontratista es incompatible con la aplicación de la responsabilidad del superior pero, en caso de poder comprobar que el superior es capaz de mantener un grado de control sobre su agente o subcontratista, entonces sería factible que el superior llegue a ser denunciado<sup>538</sup>.

Por lo que respecta a la cuestión relativa al agente que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, ésta también trae consigo ciertas complicaciones. De hecho, para determinar si el acto ilícito se cometió en el cumplimiento de las funciones encomendadas al agente en servicio, es conveniente aplicar el principio del “propósito de la actividad del empleado”, del cual se deriva, en primer lugar, que es indispensable definir si el acto ilícito fue realizado tanto por el agente como el superior, beneficiándose ambos; en ese caso, se considerará que fue un acto ilícito cometido en cumplimiento de sus actividades como agente, pero si sólo hubiera beneficiado al empleado -es decir, al agente-, entonces no se considerara acto ilícito del superior ni de la empresa<sup>539</sup>. Sin embargo, ello no siempre funciona así. En realidad, el criterio que va a dilucidar tal responsabilidad es el del “propósito del acto”, pues no toda desobediencia que llegue a cometer el empleado es necesariamente incompatible con el estricto cumplimiento de sus actividades.

Esta aclaración es válida aun más cuando se refiere a actos delictivos, puesto que la consumación de un hecho ilícito no siempre presupone *per se* que el empleado haya actuado fuera de la esfera de sus labores. Lo anterior es de suma importancia si se desea definir la responsabilidad civil de una empresa por graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario, que por lo general son precisamente crímenes.

Esto implica que una ESP/EMSP que opera en un escenario de guerra puede promover entre sus trabajadores que conozcan, comprendan y obedezcan el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, pero no será suficiente para que la empresa evite la responsabilidad por los actos de su personal si dichos actos se desarrollan en nombre e interés particular de la empresa, y ella misma obtiene un beneficio o ventaja del acto ilícito de forma inmediata y explícita.

---

<sup>538</sup> Las posibilidades que se le ofrecían a la industria militar de hacer el marketing de sus productos a través de las EMSP constituyeron la principal causa de la subcontratación de éstas. Ver Rolf UESSELER, *La guerra como negocio*, op. cit., p. 75.

<sup>539</sup> Eric MONGELARD, op. cit., p. 15.



Existe otra vía jurídica para afirmar la responsabilidad civil de una empresa, y consiste en la aplicación del principio de complicidad<sup>540</sup>. La categoría de la complicidad pertenece al Derecho penal<sup>541</sup>, integrado por un conjunto de normas que se caracterizan por su rigidez en los casos aplicados, y halla su fundamento jurídico en la concurrencia de las siguientes situaciones: la comprobación de que otro individuo ha cometido un acto ilícito; y el cómplice tiene que realizar un acto material de asistencia al autor material del crimen y prestarlo deliberadamente, además de conocer el acto del autor de la infracción.

Es importante señalar que el principio de complicidad se basa principalmente en el respeto al derecho de todo individuo a conocer con exactitud la acusación formulada contra él, la cual debe estar íntimamente vinculada con el ejercicio del derecho de defensa, de modo que el juez respectivo no condene al acusado por violaciones que no han sido objeto de la investigación, o por un delito más grave de aquél por el que se le acusa, o distinto a éste.

Otra cuestión derivada de la anterior puede presentarse cuando el autor directo de la infracción y el sancionado como cómplice mantengan una relación de homogeneidad en sus elementos de integración. En esta situación, la Defensa debe ejercerse con debido cuidado, pues la parte acusadora puede argumentar agravantes no invocadas al comienzo del procedimiento judicial.

Es importante recordar estos elementos para interpretarlos en un momento determinado en el Derecho civil en general, dado de que el concepto de complicidad como tal no se encuentra tipificado en el derecho de las obligaciones civiles de tipo contractual ni en las infracciones civiles. Ahora bien, para incorporar dicho principio en el análisis es indispensable ubicarlo en el momento en el que una empresa privada es acusada por infracciones del Derecho Internacional Humanitario, y que dichas violaciones hayan sido cometidas en complicidad con el Estado.

---

<sup>540</sup> Eric MONGELARD, *ibíd.*, p. 16.

<sup>541</sup> Vid. María del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1997, pp. 50-450; Udo HEBERT, *Derecho penal. Parte General*, Universidad del Estado de Hidalgo, México, 2005, pp. 235-236; y Enrique CURY ÚRZUA, *Derecho penal. Parte General. Tomo II*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985, pp. 246-247.

La complicidad se presenta particularmente cuando la empresa y el Estado firman un contrato en donde se pacta que serán las fuerzas no estatales quienes vigilarán instalaciones y bienes inmuebles en general, o bien están destinadas a la protección de personas. Hay que recordar que dichas funciones se encomiendan con regularidad a un cuerpo militar especializado. Tales unidades pueden considerarse como contratistas independientes, al no recibir órdenes directas del Estado; pero ello no impide que pueda aplicarse el principio de responsabilidad civil subsidiaria. Dicho de otra forma, la complicidad radica en que ambas partes mantienen una relación de homogeneidad en sus actos y conocen las infracciones que pueden cometer; por tanto, si el contratista privado decide invocar dicho principio podría verse involucrado en una relación de corresponsabilidad en el hecho ilícito.

En términos generales, el principio de complicidad es importante debido a que proporciona precisamente el acceso a la aplicación de la responsabilidad vicaria; es decir, en circunstancias extremas si la empresa privada comete la infracción de forma deliberada o activa puede ser responsable de los actos ilícitos, siempre que se pueda demostrar la existencia de una relación de causalidad comprobada y directa entre el hecho delictivo de la empresa y el daño provocado<sup>542</sup>.

En el *Common Law* y la *equity*<sup>543</sup>, particularmente en el *Common Law* estadounidense, los tipos de conducta que implican una responsabilidad por parte de los individuos que cometen un acto ilícito son más concretos y definidos que en el Derecho continental europeo<sup>544</sup>. Desde la conformación del Derecho estadounidense, éste se ha caracterizado por un importante desarrollo de la doctrina jurídica con importantes impactos, tanto en el ámbito nacional como internacional<sup>545</sup>. Así, una de las preocupaciones del sistema judicial estadounidense ha consistido en determinar con precisión la responsabilidad

---

<sup>542</sup> En la responsabilidad vicaria, una persona responde del daño causado por otra aunque no haya incurrido en ningún género de culpa o negligencia, según el Derecho anglosajón. La responsabilidad vicaria exige como requisitos que la persona responsable por los daños causados por otra siempre tenga una relación jurídica que legitime la jerarquía, y que el daño se haya producido durante el transcurso de la actividad señalada. Véase Pablo CODERCH SALVADOR, *Respondeat I*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, marzo de 2002, pp. 2-19, en [www.indret.com/pdf/079\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/079_es.pdf)

<sup>543</sup> Vid. Frederic William MAITLAND, *Equity, Also, the Forms of Action at Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1909, pp. 140-160.

<sup>544</sup> Por ello se considera que el Derecho angloamericano es un sistema dualista de jurisprudencia por excelencia, dividido en dos campos conceptuales: el *Common Law* o sólo *Law*, y la *equity*, con normas sustantivas y procesales, tribunales y procedimientos diferentes. Oscar RABASA, *Derecho Angloamericano*, *op.cit.*, pp. 10-80.

<sup>545</sup> Restatement (Second) of Torts 877 (1965), en C. SHAW, "Uncertain Justice: Liability of Multinationals under the Alien Tort Claims Act", *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, p. 1382.

#### *Capítulo IV*

civil de las personas, y particularmente las circunstancias o situaciones que podrían conducir a cometer un hecho ilícito.

La vía jurídica que da acceso directo a la responsabilidad de las personas en los tribunales de Estados Unidos es la Ley sobre reclamaciones de responsabilidad civil por parte de extranjeros, de 1789, *Alien Tort Claims Act* (en adelante ATCA, por sus siglas en inglés). Por ello, resulta indispensable analizar dicho instrumento jurídico y sus dimensiones para regular las empresas privadas en el ámbito del Derecho internacional, en particular desde las perspectivas del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



## CAPÍTULO V

### LA LEY DE REPARACIÓN PARA EXTRANJEROS DE 1789 (ATCA) Y SU ALCANCE EN LA RELACIÓN ESP/EMSP - DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

#### INTRODUCCIÓN

En Estados Unidos la Ley sobre reclamaciones de responsabilidad civil por parte de extranjeros, *Alien Tort Claims Act* (ATCA), se remonta al año 1789. En esta lejana época, la ATCA tenía como objetivo asegurar a los gobiernos extranjeros la intervención de las autoridades estadounidenses para prevenir, remediar o reparar posibles violaciones del Derecho Internacional consuetudinario y, en particular, las infracciones ocasionadas al cuerpo diplomático y a empresarios extranjeros. En la actualidad, esta controvertida ley en el Derecho estadounidense es la normativa por la cual se podría exigir responsabilidad civil a las ESP/EMSP por infracciones del Derecho Internacional Humanitario<sup>546</sup>.

#### V.A. La ATCA de 1789

La ATCA fue incorporada en el Código Civil de Estados Unidos<sup>547</sup>, tras una serie de demandas impuestas por ciudadanos británicos que reclamaban el pago de deudas contraídas por las autoridades federales estadounidenses en virtud del tratado de paz entre ambas naciones que puso fin a la guerra de independencia de las trece colonias de Norteamérica.

---

<sup>546</sup> Los tribunales federales estadounidenses tienen en sí una competencia cuasi universal, y pueden conocer de toda acción de responsabilidad civil cuando una demanda es presentada por un extranjero, y éste haya sido víctima de una violación grave del Derecho de las Naciones reconocido en Estados Unidos o Derecho Internacional consuetudinario. El demandante puede presentar una demanda independientemente de donde se haya cometido el delito, sin importar la nacionalidad del acusado, pero siempre que el demandante se encuentre en territorio estadounidense en el momento de presentar la demanda. Vid. B. STEPHENS y M. RATNER, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996, p. 5 y ss.

<sup>547</sup> Vid. Código Civil de Estados Unidos en [www.lexjuris.com/lexusdir.htm](http://www.lexjuris.com/lexusdir.htm)

Poco después, y todavía bajo ese contexto bélico, los atentados contra representaciones diplomáticas en territorio estadounidense, y concretamente el caso del diplomático Francis Barbie, pusieron de manifiesto la necesidad de incluir en el sistema jurídico estadounidense una normativa que permitiera enjuiciar la eventual responsabilidad civil derivada de violaciones del Derecho de las Naciones. Y así, el Congreso estadounidense decidió aprobar la mencionada Ley, una vez aprobada la Constitución federal de los Estados Unidos en 1787<sup>548</sup>.

Para el Derecho internacional moderno, la ATCA ha resultado complicada a la hora de comprender su alcance y límites. Por ello, los juristas estadounidenses han propuesto que los tribunales deberían interpretar dicha Ley y el propio Derecho internacional de forma dinámica y progresiva, tal y como indican las relaciones existentes entre los distintos Estados de la Comunidad Internacional.

De hecho, la ATCA ha ido evolucionando de forma paralela al Derecho internacional, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX<sup>549</sup>, debido a la influencia que ejercieron sobre ella importantes instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y, un año después, los cuatro Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario<sup>550</sup>.

En la década siguiente, sin embargo, el clima internacional caracterizado por la Guerra Fría impedía que se presentaran casos en los Estados Unidos para aplicar dicha Ley. La tensión de enfrentarse o desafiar al sistema judicial de la superpotencia hacía imposible

---

<sup>548</sup> La Ley de Reclamaciones de Delitos Extranjeros, tal como fue redactada, dice lo siguiente: “Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción de primera instancia sobre toda acción civil incoada por un extranjero sólo por un acto delictivo cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de Estados Unidos”, 28 U.S.C., apartado 1350. De esta manera, un ciudadano extranjero puede emprender una acción civil contra una parte que le haya causado un daño como resultado de una infracción del Derecho internacional. Vid. por ejemplo Anja SEIBERT-FOHR, “United States Alien Tort Statute”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 16 de febrero de 2012.

<sup>549</sup> Vid. Niels BEISINGHOFF, *Corporations and Human Rights: an analysis of ATCA litigation against corporations*, Peter Lang, Frankfurt, 2006, pp. 200-215.

<sup>550</sup> En esta época, Estados Unidos se incorporó también a la Convención Internacional contra el Genocidio de 1948. La Ley federal indica que los tribunales estadounidenses tienen competencia universal para juzgar el delito de genocidio. (No obstante, se requieren como condiciones que los demandados sean estadounidenses o bien que se encuentren en su territorio).

que otro Estado o un ciudadano extranjero pudieran interponer demanda alguna sobre la base de esta normativa por violaciones de Derechos Humanos.

En este orden de ideas, tal situación favorecería la aparición de numerosos movimientos de defensa de los Derechos civiles en Estados Unidos y, a nivel internacional, durante la década de los sesenta del siglo XX<sup>551</sup>, estos movimientos influyeron para la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en 1966.

Ante este contexto internacional, los tribunales federales estadounidenses comenzaron a considerar la posibilidad de ampliar el alcance de la ATCA. Además, la gran presión que ejercían las sociedades estadounidense y mundial sobre el gobierno de Estados Unidos en la guerra de Vietnam conducía a replantear su política en relación a cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos y la responsabilidad penal de los individuos por crímenes de guerra<sup>552</sup>.

De esta forma, en 1980 durante la segunda etapa de la Guerra Fría los tribunales estadounidenses aplicaron la ATCA, considerando por primera vez cuestiones relacionadas por violaciones de los Derechos Humanos ocurridas fuera de Estados Unidos<sup>553</sup>. En este sentido, el caso *Filártiga v. Peña-Irala*<sup>554</sup> (Paraguay) marcó el reinicio en la utilización de esta ley, aunque más bien se trató de una reforma *de facto*, tanto en la interpretación como en la propia jurisprudencia. El caso se fundamentó sobre la demanda promovida ante la Corte de Nueva York por el doctor Joel Filártiga y su hija contra el inspector general de la policía de Paraguay, Américo Peña Irala, por causar torturas y la muerte al hijo del demandante<sup>555</sup>. Dicho tribunal concluyó que, de acuerdo con la jurisdicción universal, la conducta de esta autoridad vulneró gravemente el Derecho Internacional consuetudinario. Fue así cómo este caso habilitaría a los

---

<sup>551</sup> Vid. Charles TILLY y Leslie J. WOOD, *Los movimientos sociales, 1768-2008*, Crítica, Barcelona, 2009, pp. 121-150.

<sup>552</sup> Vid. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE, *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 20-180.

<sup>553</sup> Vid. Charles TILLY y Leslie J. WOOD, *Los movimientos sociales, 1768-2008*, op. cit., pp. 151-250.

<sup>554</sup> Vid. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, *Los derechos humanos, un enfoque regional*, en [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art7.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art7.htm)

<sup>555</sup> Véase por ejemplo William J. ACEVES, *The anatomy of torture: a documentary history of Filartiga v. Peña Irala*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 17-76.

tribunales federales de Estados Unidos para conocer cualquier causa civil relacionada con violaciones del Derecho internacional<sup>556</sup>.

Sin embargo, los tribunales federales estadounidenses tendrían que esperar hasta el fin de la Guerra Fría para volver a conocer otro asunto relacionado con la violación de los Derechos Humanos, y más en concreto contra una empresa de seguridad, como consecuencia de la relajación de las tensiones en la posguerra fría y el consiguiente alumbramiento de un nuevo orden mundial, los cuales permitieron que los asuntos relacionados con los Derechos Humanos volvieran a ocupar un primer plano en las Relaciones Internacionales y, por tanto, en la máxima organización universal.

En este sentido, la Guerra Fría no sólo fue un conflicto entre el mundo capitalista y el mundo socialista, puesto que sus manifestaciones y efectos pudieron apreciarse en campos tan variados como la psicología de la guerra, la creación de la red de internet, los medios masivos de comunicación y, en particular, el progreso de los Derechos público y privado<sup>557</sup>.

Por otra parte, en los primeros años de posguerra fría, el sistema judicial estadounidense introduce una nueva Ley que refuerza la ATCA, la *Torture Victim Protection Act*<sup>558</sup>, mediante la cual es permitida la acción civil de reclamación contra extranjeros por delitos de tortura y ejecución forzosa<sup>559</sup>.

Ahora bien, entrado ya el siglo XXI, el primer caso que se presentó fue el de *Doe vs. Unocal Corp.*<sup>560</sup>. En este asunto se comprobó la aplicabilidad de la complicidad a los

---

<sup>556</sup> Esta Corte consideró que los individuos acusados por tortura eran “enemigo de la humanidad” (sentencia del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos (Segundo Circuito) de 30 de junio de 1980, en *Filártiga vs. Peña-Irala*, 630 F 2d 876., en I.L.R., vol. 77, p. 169, en pp. 177-179), como lo habían sido en otras épocas los traficantes de esclavos negros y los piratas de los siglos XVI y XVII. Asimismo, la Corte concluyó que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas especificaban con objetividad las obligaciones de los Estados miembros de la Organización Internacional en materia de Derechos Humanos.

<sup>557</sup> Juan C. PEREIRA, *Los orígenes de la Guerra Fría*, Arco, Madrid, 1997, pp. 9-13; y Ronald POWASKI, *La Guerra Fría., Estados Unidos y la Unión Soviética, 1917-1991*, Editorial Crítica, Barcelona, 2000, pp. 11-14.

<sup>558</sup> La *Torture Victim Protection Act*, incorporada en 1991 (28 U.S.C. § 1350), no sustituye a la ATCA sino que la complementa: su campo de acción se limita a actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales, y puede ser invocada tanto por nacionales estadounidenses como por extranjeros.

<sup>559</sup> Vid. Antoni PIGRAU SOLÉ, *El Alient Tort Claims Act como vía para demandar a las empresas multinacionales por violaciones graves de derechos humanos*, Universitat Politècnica de Catalunya, Barcelona, 2008, p. 2.

<sup>560</sup> Consultar la sentencia del Tribunal de Apelaciones del Circuito Noveno de 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal Corp.*, 395 F. 3d. 932, vol. 1 y II, pp.14187-14269.



casos civiles<sup>561</sup> mediante la teoría de la acción conjunta y la consiguiente prueba de la acción mancomunada<sup>562</sup>. En dicha teoría se establece que debe existir un acuerdo entre las partes, es decir, entre empresa y gobierno, con la finalidad de obtener un objetivo de interés común.

En el caso *Doe v. Unocal*<sup>563</sup>, fundamentado en la jurisprudencia de la “teoría de la acción conjunta” y planteado ante tribunales federales de California (Estados Unidos), la empresa petrolera Unocal se enfrentó a una demanda de ciudadanos del Estado de Myanmar (antes Birmania) por haber cometido violaciones de los Derechos Humanos, tales como asesinatos, esclavitud, abusos sexuales, desplazamientos forzosos, desapariciones, tortura y prácticas inhumanas, siendo algunas de ellas graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario en casos de conflicto armado<sup>564</sup>.

La demanda interpuesta por el Centro de los Derechos Constitucionales de Birmania se basó en el amparo jurídico proporcionado por la ATCA<sup>565</sup>, así como por otras leyes

---

<sup>561</sup> En *Unocal*, los dos jueces de la mayoría estimaron que las corporaciones pueden ser responsables de complicidad, y que la empresa actuó prestando asistencia consciente (*knowing practical assistance*). En la sentencia de 8 de abril de 2009 del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Khulumani vs. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254, el tribunal determinó que la corporación no sólo sabía de la violación del Derecho, sino que colaboró en ella. El citado caso judicial había comenzado en 1997.

<sup>562</sup> Los tribunales federales estadounidenses se basan en tres teorías para determinar la responsabilidad de una empresa por violaciones del Derecho internacional: 1) teoría de la agencia: se aplica cuando una empresa es responsable por actos de sus empleados (responsabilidad indirecta –*vicarious liability*), y que actuó con conocimiento de causa en el ámbito de sus funciones en la empresa demandada; 2) teoría de la identificación: la misma nos indica que una empresa es responsable por los actos de sus directivos o ejecutivos, es decir, el comportamiento del directivo es equiparable al de la empresa; y 3) teoría de la complicidad, que permite condenar a una empresa que ha sido cómplice en actos ilegales cometidos por terceras personas. La teoría de la complicidad indica que debe haber una intencionalidad criminal común; dicho de otro modo, el cómplice debe demostrar voluntad de que el delito sea cometido, y asistir o apoyar al autor material del delito en la comisión de los hechos imputados. Vid. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, sección II, mecanismos judiciales. Parte I: La responsabilidad civil extraterritorial de las empresas multinacionales por violaciones a los Derechos Humanos, 2011, p. 361 y ss., disponible en [www.fidh.org/IMG/pdf/guia\\_empresas\\_seccion-ii.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/guia_empresas_seccion-ii.pdf)

<sup>563</sup> El caso *Doe v. Unocal* puede consultarse en Manuel G. VELASQUEZ, *Ética en los Negocios. Conceptos y casos*, Pearson, México, 2006, pp. 120-123; M. MARTÍNEZ BARRABÉS, “La responsabilidad civil de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del Caso Unocal” en V. ABELLÁN HONRUBIA & J. BONET PÉREZ (dir.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional público*, Bosch, Barcelona, 2008, pp.221-267; y O. MARTÍN ORTEGA, “Globalización, negocios y derechos humanos: el caso de Birmania/Myanmar” en J.M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (coord.), *Globalización y Comercio Internacional. XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 2003*, BOE, Madrid, 2005, pp.183-195.

<sup>564</sup> Sentencia del Tribunal de Distrito (Distrito Central de California) de 31 de agosto de 2000 en el caso *Doe v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp.2d 129.

<sup>565</sup> Para aplicar la ATCA deben cumplirse los siguientes requisitos: el demandante ha de ser extranjero; el reclamante ha de alegar que ha sido víctima de un perjuicio o un agravio (tort) para fundar una acción conforme al ATCA; el perjuicio ha de consistir en una violación del Derecho internacional general (*law*

como la *Torture Victim Protection Act* (Ley de Protección a las Víctimas de la Tortura], la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (Ley RICO contra el crimen organizado<sup>566</sup>], el *California Business and Professions Code* (Código ético para las empresas y autónomos de California) y la *California State Tort Law* (Ley de Reclamaciones por Agravios de California).

Dichas infracciones, según la demanda presentada, se perpetraron durante el desarrollo de las operaciones de extracción y explotación de gas y petróleo, y de la construcción de un oleoducto cerca de la frontera con Tailandia. Las autoridades del Estado de Mynamar (una Junta Militar acusada por violación de los Derechos Humanos por diversos Estados, organizaciones internacionales y ONGs) se habían responsabilizado, entre otros asuntos, de vigilar la seguridad y facilitar la mano de obra especializada para el desarrollo del proyecto, el cual estaba a cargo de una empresa de capital variable donde se encontraban la compañía Unocal y el gobierno de Myanmar.

El tribunal estadounidense analizó entonces cómo una infracción podría atribuírsele a una empresa, en este caso a Unocal, fundamentándose en la teoría de la acción conjunta: una vez que el Tribunal finalizó su estudio, concluyó que él o los demandantes debían demostrar que las partes involucradas -Unocal y las autoridades de Myanmar- participaban conjuntamente con la finalidad lograr de satisfacer un interés común. En su fallo, el Tribunal Federal estadounidense determinó que ambos actores si habían tenido un objetivo común: desarrollar el proyecto de una forma beneficiosa y provechosa, comprobándose la teoría de la complicidad. Para su análisis, el Tribunal empleó la prueba de la causa inmediata, donde los demandantes estaban obligados a presentar pruebas de complicidad entre el gobierno de Myanmar y la empresa Unocal.

Sin embargo, para decidir en el caso Unocal, el Tribunal consideró que todavía estaba pendiente determinar si la empresa Unocal había ejercido un control completo, sobre la decisión del gobierno en cuestión de cometer infracciones contra los Derechos Humanos.

---

*of nations*) o de un tratado vinculante para Estados Unidos. Vid. Antoni PIGRAU SOLÉ, *El Alien Tort Claims Act como vía para demandar a las empresas multinacionales por violaciones graves de derechos humanos*, op. cit., p. 4.

<sup>566</sup> 18 U.S.C. § 1961. Junto a dicha Ley se encuentra la Ley contra la Corrupción (*Anti – Bribery Act*, FCPA), que rige la responsabilidad penal de las empresas multinacionales para ciertos delitos.

Para decidir sobre este último cuestionamiento y considerando el clima de inestabilidad política de Myanmar, el Tribunal estadounidense rescató la jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg de 1946-1947, recordando el caso de la empresa alemana Krupp acusada de las mismas infracciones (analizadas en el capítulo anterior) durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal estadounidense determinó entonces que las pruebas aportadas eran insuficientes para imputar la infracción a la empresa Unocal de conformidad con la teoría de la acción conjunta, dado que esta empresa carecía del control directo de la decisión del gobierno de Myanmar de cometer las violaciones de Derechos Humanos de los ciudadanos de este país. El fallo fue apelado por el Centro por los Derechos Constitucionales de Birmania; sin embargo, los demandantes omitieron la teoría de la acción conjunta *per se*, y sólo se fijaron en su aplicabilidad en dicho asunto.

En marzo de 1997, este Tribunal Federal de California decidió que el asunto en cuestión siguiera adelante, excluyendo al Gobierno de Myanmar o a su Junta Militar, así como a otras empresas birmanas acusadas por el mismo delito, aplicando para ello la inmunidad soberana.

Más adelante, durante el juicio en segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito judicial dictaminó que el Tribunal de Distrito debió haber aplicado la teoría de la complicidad extraída del Derecho penal, al haber ayudado y asesorado la empresa Unocal al gobierno de Myanmar<sup>567</sup>. La Corte de Apelaciones determinó la conveniencia de aplicar la teoría del conflicto de derechos del Derecho Internacional Privado para analizar cuestiones jurídicas fundamentadas en el Derecho de Gentes.

El Tribunal de Apelación determinó aplicar los principios del Derecho penal internacional en una causa civil interna por las siguientes razones: el Derecho internacional de los Derechos Humanos ha evolucionado principalmente en cuestiones penales; existe una mínima distinción entre crimen y delito; además, el hecho de ayudar o instigar es sancionado por igual en el Derecho penal internacional y en el derecho interno de responsabilidad civil.

---

<sup>567</sup> Sentencia del Tribunal de Apelaciones -Circuito Noveno- de 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal Corporation*, 395. F. 3d. 932, vol. 1 y II, pp.14187-14269.

Sobre este análisis, el Tribunal de Apelaciones concluyó que la empresa Unocal tenía conocimiento de las infracciones de los Derechos Humanos en Myanmar antes de formar parte del proyecto conjunto. Así, la Sala de Apelaciones sentenció que las pruebas presentadas por los demandantes eran suficientes para imputarle los cargos a la empresa Unocal fundamentada en la ATCA<sup>568</sup>.

Dicha decisión del Noveno Circuito representó un avance para la defensa de los Derechos Humanos y para los demandantes implicados, al demostrarse que las empresas estadounidenses podrían ser declaradas responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos en el extranjero. Entre julio y agosto de 2003 la empresa Unocal perdió el litigio bajo el Derecho californiano.

El Tribunal Superior de California encontró que la vinculación significativa de Unocal con Myanmar iba más allá del hecho de que en dicho Estado se tenía el registro de dichos delitos. Existía una relación de entendimiento por conseguir un beneficio y provecho mutuo.

El Tribunal californiano también concluyó que las leyes del Estado de Myanmar eran demasiado imprecisas e indeterminables para regir en esta disputa y, a no ser que existiera una ley en particular aplicable para resolver estas demandas -lo que los demandados jamás demostraron-, debía aplicarse el Derecho de California.

El asunto *Doe vs. Unocal Corp* junto con *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum*<sup>569</sup> y *Bowoto vs. Chevron*<sup>570</sup> son los casos con conexiones internacionales que fueron tratados por el Centro de los Derechos Constitucionales. Dichos asuntos podrían sentar las bases para que las corporaciones multinacionales respondan por violaciones del Derecho

---

<sup>568</sup> Vid. la citada sentencia del Tribunal de Apelaciones -Circuito Noveno- de 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal Corporation*, 395. F. 3d. 932, vol. 1 y II, pp.14187-14269.

<sup>569</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Distrito (S.D.N.Y.) de 28 de febrero de 2002 en el caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company & Shell Transport and Trading* (2002 WL 319887), en <http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/wiwa-v.-royal-dutch-petroleum>

<sup>570</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Distrito (N.D. California) de 22 de agosto de 2006 en el caso *Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. C99-02506SI, 2006 WL 2455752, y de 14 de marzo de 2007 -*Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. C99-02506SI, 2007 WL 800940-; asimismo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones – Noveno Circuito- de 10 de septiembre de 2010 en el caso *Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. 3:99- cv-02506-SI. 2010.

Internacional de los Derechos Humanos, cuando dichas empresas colaboren con regímenes represivos que cometen abusos contra la población civil<sup>571</sup>.

Por otro lado, al mismo tiempo que se trataba el asunto de la empresa Unocal, se presentaba el caso de la empresa canadiense Talisman ante el Tribunal de Distrito del Sur de Nueva York. Brevemente, señalaremos que en este caso se acusaba a la compañía petrolera Talisman por cooperar y ayudar al Gobierno de Sudan en la comisión de graves vulneraciones de los Derechos Humanos, y haber cometido crímenes de guerra durante la guerra civil en dicho Estado<sup>572</sup>.

La demanda se fundamentó partiendo de la “teoría de la complicidad” entre dos actores: la empresa Talisman y el gobierno de Sudán. Asimismo, la demanda estaba basada en las acciones de apoyar e incitar violaciones de los Derechos Humanos, tal como había ocurrido en la demanda contra la empresa Unocal y el gobierno de Myanmar.

Como se pensaba, la empresa canadiense Talisman rechazó estas acusaciones como fundamento jurídico de la demanda civil, así como la posible aplicación del ATCA. Para la defensa de Talisman se había interpretado erróneamente la naturaleza jurídica de dicha Ley. De esta manera, la empresa Talisman se opusó a cualquier aplicación del ATCA por cuestiones relacionadas con violaciones del Derecho internacional.

En la demanda se acusó a la compañía Talisman, que tenía capital estadounidense, de colaboración con el gobierno de Sudán en haber llevado a cabo una limpieza étnica en el sur de dicho Estado, en las áreas donde se realizaban actividades petroleras, alentando al gobierno sudanés a que siguiera con su política genocida. Además, se le acusaba de proporcionar material bélico, sabiendo que iba a ser usado contra la población civil.

El Tribunal se negó a que la solicitud de los demandantes fuera desechada, y dictaminó que una empresa sí podía ser responsable por conductas contrarias al *ius cogens* y, por

---

<sup>571</sup> Vid. R.A. TYZ, “Searching for a Corporate Liability Standard Under the Alien Tort Claims Act in Doe v. Unocal”, *Oregon Law Review*, vol. 82, verano 2003, p. 572 y ss.

<sup>572</sup> Vid. Sarah JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 71-90.

tanto, estaba obligada a responder por dicha responsabilidad, y en su caso indemnizar a la población civil sudanesa afectada<sup>573</sup>.

En octubre de 2005 la empresa Talisman abandonó Sudán, lo que fue interpretado como un triunfo para los demandantes, quienes continuaron con su campaña tanto legal como ante la opinión pública. Los demandantes deseaban lograr para quienes habían sufrido dichas violaciones la pronta y justa reparación de los daños ocasionados, y continuar su lucha contra los directivos de la empresa por su responsabilidad en delitos de complicidad de genocidio y esclavitud. De esta manera, la teoría de ayudar e incitar –o estándar de cooperación delictiva (“aiding and abetting”)- se pudo aplicar en demandas civiles por acusaciones relacionadas con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en Estados Unidos, con fundamento jurídico en la ATCA.

Por su parte, la Federación Internacional de Derechos Humanos ha señalado que la ATCA se ha convertido “en un sustento indispensable invocado en la mayoría de las demandas por responsabilidad civil presentadas en los Estados Unidos en contra de agravios cometidos por empresas multinacionales, y que causan a su vez violaciones de Derechos Humanos en el extranjero”<sup>574</sup>.

Cabe recordar que, en 2004, la empresa Talisman presentó una revocación de la sentencia de la Corte de Nueva York, argumentando que la existencia de responsabilidad secundaria, en particular de la responsabilidad por ayudar e incitar, no estaba demostrada suficientemente ante las pruebas presentadas durante el juicio, y principalmente que el concepto se encontraba poco definido en el Derecho internacional.

El argumento de la empresa Talisman se fundaba en el análisis realizado por el Tribunal Supremo en el asunto *Álvarez–Machain v. Sosa*<sup>575</sup>. Pues bien, en el caso *Talisman*, dicha empresa sostenía que el fallo judicial carecía de criterios claros y definidos sobre lo que significa “ayudar e incitar contra los derechos humanos”, sobre todo en contextos de guerra civil como en Sudán. Pero el Tribunal rechazó los argumentos alegados, y

---

<sup>573</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Distrito (Distrito Sur de Nueva York). de 19 de marzo de 2003 en el caso *Iglesia Presbiteriana de Sudán v. Talisman Energy Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, pp. 1-31.

<sup>574</sup> FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, op. cit., p. 188, disponible en [www.fidh.org/IMG/pdf/guia\\_empresas\\_seccion-ii.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/guia_empresas_seccion-ii.pdf)

<sup>575</sup> Sentencia de 29 de junio de 2004 en el caso *Sosa vs. Álvarez Machain* (nº 03-339), 542 U.S. 692.

confirmó la sentencia de 2003 que indicaba la responsabilidad secundaria desde la perspectiva del Derecho internacional. Por tanto, el Tribunal rechazó los alegatos de la empresa Talisman y los calificó como erróneos y mal interpretados<sup>576</sup>.

Por otra parte, y siguiendo la aplicación de la ATCA con respecto al caso *Álvarez Machain vs. Sosa* (2004), es importante señalar la aparición de nuevos criterios en la problemática que nos ocupa. Recordemos que después de haber sido declarado inocente, Álvarez Machain presentó una demanda ante los tribunales estadounidenses por los actos de arresto y detención ilegal en violación de la ATCA contra el señor Sosa, quien había participado en su secuestro en abril de 1990<sup>577</sup>.

Después de varias instancias judiciales, el caso llegó en vía de *certiorari* ante el Tribunal Supremo estadounidense, el cual estableció que, de acuerdo a dicha ley, Álvarez Machain no podía ser indemnizado por Sosa, ante la naturaleza jurisdiccional de dicha ley y debido a que no establecía nuevas relaciones causales de acción<sup>578</sup>.

El Tribunal Supremo estadounidense consideró que la ATCA de 1789 no establecía un derecho o una acción propiamente dicha, sino que sólo reconocía la jurisdicción de los tribunales federales con respecto a un número restringido de violaciones del Derecho internacional. Por otro lado, dicho Tribunal Supremo reconocía que un número limitado de violaciones al Derecho internacional podían ser alegadas desde la perspectiva del ATCA; sin embargo, se requería de una ley adicional *ab initio* que autorizara de forma expresa la creación de nuevos tipos causales.

En relación con la idea anterior, es importante recordar que la historia y la práctica de esta Ley demuestran que fue aprobada para ser aplicada en el *Common Law* o Derecho anglosajón con el fin de accionar a los tribunales federales estadounidenses en los asuntos relativos al número reducido de violaciones de Derecho internacional que en

---

<sup>576</sup> Sentencia del Tribunal de Distrito (Distrito Sur de Nueva York) de 13 de junio de 2005 en el caso *Iglesia Presbiteriana de Sudán v. Talisman Energy, Inc.*, 374 F.Supp.2d. 331.

<sup>577</sup> Vid. Alonso GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *United States vs. Machain*, UNAM, México, 1993, pp. 25-28.

<sup>578</sup> El Tribunal Supremo analizó el caso *Álvarez Machain*, considerando los diversos elementos que sustentan el marco de la ATCA: la universalidad, la especificidad y las consideraciones prudenciales. Consultar su sentencia de 29 de junio de 2004 en el caso *Sosa vs. Álvarez-Machain* (nº 03-339) (542. U.S. 692). Véase en [www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZS.html)

aquella época generaban una posible responsabilidad del individuo, y que, como habíamos señalado, se referían principalmente a delitos contra embajadores.

Ante esta problemática, el Congreso estadounidense comprendió que los tribunales federales de distrito podían reconocer el derecho a reclamar judicialmente la reparación de daños por actos vulneradores del Derecho de las Naciones, pues no se había adoptado desde 1789 ley alguna que impidiera de manera categórica a los tribunales federales reconocer un derecho amparado por el ordenamiento jurídico internacional y parte integrante del *Common Law*.

Sin embargo, los tribunales federales estadounidenses consideraron que la citada Ley, por el contexto histórico en el que fue aprobada, podía ser interpretada restrictivamente; es decir, era conveniente aplicar la discrecionalidad judicial para reconocer nuevas causas o situaciones relacionadas con violaciones del Derecho internacional.

En relación con esto último, la concepción predominante del *Common Law* refuerza que el ATCA ha ido avanzado desde su creación en el siglo XVIII. En esa época se aceptaba que tanto el ATCA como el *Common Law* se encontraban en constante evolución. En la actualidad se acepta sin mucha dificultad que los tribunales estadounidenses puedan crear derecho mediante la aplicación e interpretación de leyes. Considerando lo anterior, al adoptar una decisión con fundamento en una norma internacional, un juez estadounidense puede operar con un margen sustancial de discrecionalidad.

Esta nueva concepción ha conducido a una reconsideración del papel que los tribunales federales estadounidenses desempeñan en la elaboración del *Common Law*, particularmente tomando como antecedente el caso *Erie vs. Tompkins*<sup>579</sup> cuando el Tribunal Supremo rechazó la existencia de un “*Common Law* federal general”, y sostuvo que lo recomendable consistía en encontrar pautas en los antecedentes legislativos antes de introducir innovaciones al llamado derecho sustantivo. Por lo que

---

<sup>579</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1938 en el caso *Erie R. Co. vs. Tompkins* (304 U.S. 64), 78- 1938. Lexis 984, 11 Ohio, op. 246, 114, ALR. Consultar también Charles E. CLARK, “State Law in the Federal Courts: The Brooding Omnipresence of *Erie v. Tompkins*”, *Yale Law Journal*, vol. 55, n°2, 1946, pp. 267-296.



se recomendaba dejar al Poder legislativo la decisión de reconocer nuevas vías de acción, como se había planteado en el caso *Correctional Services Corp. vs. Malesko*<sup>580</sup>.

En este orden de ideas, una de las constantes preocupaciones sobre las implicaciones al interpretar la ATCA ha sido precisamente el reconocimiento de nuevos procedimientos relacionados con graves violaciones del Derecho internacional en el campo de las Relaciones Exteriores de Estados Unidos. Esta problemática ha impuesto que los tribunales federales estadounidenses deban poner un cuidado especial en no interferir en el ejercicio de la discrecionalidad que los poderes ejecutivo y legislativo poseen en la dirección de las Relaciones Internacionales.

De hecho, fueron estas limitaciones al reconocimiento judicial de nuevas vías de acción las que dieron marcha atrás a la demanda presentada por Álvarez Machain. En esencia, la solicitud argumentaba que la prohibición de realizar arrestos arbitrarios debía constituirse en una norma vinculante del Derecho internacional consuetudinario, pues el arresto del que había sido objeto el demandante carecía completamente de legalidad y legitimidad. Desde nuestra perspectiva, el demandante reafirmó la necesidad de colocar el Derecho internacional por encima de las jurisdicciones nacionales que pudieran justificar o aprobar tales actos. Sin embargo, se aportaron pocos fundamentos jurídicos para iniciar un posible juicio, y en consecuencia los tribunales federales estadounidenses desecharon su demanda, ante las implicaciones que ello tendría en asuntos similares<sup>581</sup>.

Ahora bien, retomando nuestro análisis, se puede señalar que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo desde los primeros años del fin de la Guerra Fría, las ESP/EMS pueden ser objeto de acusaciones relacionadas con violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Estas posibles acusaciones tienen base jurídica cuando las ESP/EMSP se encuentran con las siguientes situaciones: si sus acciones han producido graves infracciones de los Derechos Humanos, o bien por actos de terceros; si existe una relación suficientemente

---

<sup>580</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001 en el caso *Correctional Services Corp. vs. Malesko* (534. U.S. 61), en [www.law.cornell.edu/supct/html/00-860.ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-860.ZS.html)

<sup>581</sup> Véase en [www.derechocomparado.org/Imprimir/PRusSosa.html](http://www.derechocomparado.org/Imprimir/PRusSosa.html)

sólida entre la infracción y un acto u omisión de la empresa privada; o si puede atribuirse el grado de complicidad a las acciones de la empresa en cuestión.

Particularmente, con los casos *Unocal* y *Talisman* se ha podido establecer en la jurisprudencia que las empresas privadas tienen obligaciones en relación con infracciones del Derecho internacional, y que en alguna circunstancia determinada pueden ser responsables por dichos delitos.

Ahora bien, dentro de esta tendencia de reconocimiento a las ESP/EMSP como posibles infractoras del Derecho internacional, falta establecer mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento cabal y total de dichas responsabilidades a las ESP/EMSP, sean de carácter civil o militar a nivel global, sobre todo ahora que estamos inmersos en la estrategia estadounidense de “lucha contra el terrorismo internacional”<sup>582</sup> tras el ataque terrorista de septiembre de 2001 y los proyectos hegemónicos de Estados Unidos en la región del Medio Oriente y el Asia Central, en particular en Afganistán e Irak<sup>583</sup>.

## **V.B. El concepto de Reparación en el Derecho Internacional y el Derecho Estadounidense**

Siguiendo con el análisis realizado hasta este momento, los instrumentos efectivos relacionados con la reparación a las víctimas, según el Derecho Internacional Humanitario, tienen como antecedente el artículo 3 del IV Convenio de la Haya, donde se confiere a los individuos el derecho a recibir indemnizaciones. Este artículo establecía que su principal propósito consistía en crear un mecanismo como alternativa a la protección diplomática, la cual o bien no funcionaba o bien resultaba ineficiente en el marco de ocupación militar por una parte beligerante. En suma, este mecanismo tenía

---

<sup>582</sup> El 28 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de la O.N.U adoptó la resolución 1373 (2001) - “Lucha contra el terrorismo internacional”-, en la que reafirmó su condena a los ataques terroristas del 11 de septiembre; expresó su preocupación por prevenir dichos actos y decidió que los actos terroristas constituyan una grave amenaza a la paz y seguridad internacionales. En esta misma resolución decidió crear un Comité Contra el Terrorismo (CCT), constituido por los 15 miembros del Consejo de Seguridad, y que cuenta con un director ejecutivo y un presupuesto específico. El CCT se ha convertido en los últimos años en un mecanismo de seguimiento dinámico que verifica la aplicación de la resolución 1373 por todos los Estados, y busca mantener la capacidad de los Estados para luchar contra el terrorismo.

<sup>583</sup> Vid. Miguel GARCÍA REYES y Gerardo RONQUILLO JARILLO, *Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración política*, Plaza y Valdés, México, 2005, pp. 318-320.

que facilitar la pronta reparación a las víctimas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, no fue hasta la segunda posguerra cuando el concepto de reparación volvió a ser objeto de análisis, pues supuso una de las premisas de los tribunales de Núremberg y Tokio, los cuales, como hemos señalado, estuvieron a cargo de las potencias vencedoras en la guerra -Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y Francia-<sup>584</sup>.

Más tarde, y partiendo de las experiencias obtenidas en los Tribunales de Núremberg y Tokio, el concepto de reparación iba a ser rescatado más adelante por parte de los tribunales japoneses durante las décadas de los años sesenta, setenta y noventa del siglo XX. Dichos tribunales estudiaron entonces las demandas de reparación presentadas por individuos víctimas de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario ocurridas en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial.

En estos casos judiciales se discutió esencialmente la premisa de quien era el sujeto de derecho habilitado para recibir reparación. Así, de acuerdo con el artículo 3 del IV Convenio de la Haya y el derecho consuetudinario, el Tribunal de Distrito de Tokio rechazó en 1998 dos demandas presentadas por ex prisioneros de guerra e internados<sup>585</sup>. La negativa se fundamentó, según el citado tribunal de Tokio, en que los demandantes carecían de un derecho personal a recibir reparación en el momento de las violaciones, pues las presuntas violaciones del Derecho Internacional Humanitario habían ocurrido en 1945 y en tiempos de la guerra mundial. Para la adopción de esta sentencia, el

---

<sup>584</sup> Para Pierre d'Argent era inaceptable que una víctima pudiera reclamar reparación únicamente del oficial o del soldado autor material de dicha violación, lo que suponía que al final la mayoría de las víctimas se quedaban sin la indemnización debida. Vid. Pierre d'ARGENT, *Les Réparations de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant, Bruselas, 2002, pp. 508-510; y F. KALSHOVEN, "State Responsibility for Warlike Acts of Armed Forces", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 831-834.

<sup>585</sup> Los demandantes japoneses pedían indemnizaciones de miles de dólares al gobierno estadounidense por maltrato y violaciones sufridas como prisioneros de guerra del ejército japonés. Véanse tanto la decisión del Tribunal de Distrito de Tokio de 26 de septiembre de 1998 en el caso *Arthur Tiheterington and others vs. State of Japan* (División Civil nº 316), como la decisión del Tribunal de Distrito de Tokio de 30 de noviembre de 1998 en el caso *Sjoerd Lapré vs. State of Japan* (División Civil nº 6), citadas en Éric MONGELARD, *op. cit.*, p. 21. Otra demanda se presentó en septiembre de 2000 por ex prisioneros de guerra japoneses en el Distrito del Norte de California en el asunto *Pleitos japoneses por trabajo forzoso en la época de la Segunda Guerra Mundial*. En este caso se alegó que en el Tratado de San Francisco entre Japón y Estados Unidos, el gobierno japonés renunciaba a posibles reclamaciones individuales. Vid. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, parte A, Oficina de la Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 193-198.

tribunal japonés retomó los criterios que habían prevalecido durante el desarrollo del caso *Shimoda*<sup>586</sup>, cuya demanda había sido interpuesta a principios de los años sesenta por cinco demandantes japoneses supervivientes de Hiroshima y Nagasaki para recibir reparación por los daños y perjuicios que les produjo el lanzamiento y estallido de las bombas atómicas en 1945 por el gobierno estadounidense.

La sentencia del caso *Shimoda* de 1963<sup>587</sup>, en plena Guerra Fría -cuando la cuestión de los Derechos Humanos reclamaba un lugar en el Derecho internacional- consideró que un individuo debía ser sujeto de un derecho en el ordenamiento internacional para reclamar o exigir una posible indemnización a otro sujeto de la misma índole, atribución que principalmente era reconocida al Estado y las organizaciones internacionales como sujetos por excelencia del Derecho internacional. Agregó el tribunal que, si bien los individuos tenían derechos y obligaciones, no ostentaban la categoría de sujetos en el Derecho internacional. Otro criterio importante que prevaleció entonces para excluir a los ciudadanos japoneses de recibir reparación fue la aplicación del principio de la inmunidad de jurisdicción: al aplicar ésta, Estados Unidos no podía ser demandado ante los tribunales japoneses, y se necesitaba el establecimiento de un tratado o acuerdo bilateral entre Estados Unidos y Japón sobre las posibles reparaciones por violaciones del Derecho Internacional Humanitario para que las personas pudieran interponer demandas de reparación ante los tribunales internos japoneses. Esta decisión del tribunal de Tokio en 1963 respondía, entre otros factores, al avance parcial que había alcanzado hasta ese momento el derecho de los individuos a recibir reparaciones en el marco del Derecho internacional.

De hecho, todavía no se habían adoptado en ese momento instrumentos internacionales tan importantes como los Pactos internacionales de derechos humanos de 1966, aparte de la lenta adhesión de los Estados a ellos, y además no se sabía entonces si Estados Unidos iba a adherirse o no a los mismos.

---

<sup>586</sup> Vid. la sentencia del Tribunal de Distrito de Tokio de 7 de diciembre 1963 en el caso *Ryuichi Shimoda y otros vs. El Estado*, en *Japanese Annual of International Law*, vol. 8, 1964, pp. 10-60; y R.A. FALK and S.H. MENDLOVITZ, *Toward a Theory of War Prevention*, World Law Fund, Nueva York, vol. I, 1966, pp. 314-354.

<sup>587</sup> Otra referencia relevante al caso *Shimoda* se encuentra en el documento de Naciones Unidas A/51/218, de 19 de julio de 1996, relativo a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, *ICJ Reports 1996*, p. 226.

Hay que recordar que en aquella época de enfrentamiento entre Estados Unidos y la Unión Soviética, Japón se encontraba en la zona de influencia occidental y su política era de acercamiento y entendimiento con el gobierno de Estados Unidos para así poder continuar con sus proyectos de desarrollo económico, comercial y tecnológico. Por eso, las cuestiones relacionadas con el Derecho internacional, y en particular con el Derecho Internacional Humanitario, pasaban a un segundo plano de importancia en la jurisprudencia del Japón, tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial<sup>588</sup>.

Así, las consideraciones políticas interferían en los asuntos jurídicos. En este sentido, la interpretación realizada por los tribunales japoneses fue incorrecta y desfasada de la actualidad porque el Derecho Internacional Humanitario resulta directamente aplicable a las personas, y por ejemplo establece obligaciones de conformidad con el Derecho penal; y según las pruebas presentadas ante el tribunal de Tokio, las personas son sujetos con derecho a recibir reparación<sup>589</sup>. Dicho de otra forma, en el análisis de fondo, el tribunal no denegó realmente a los ciudadanos japoneses el derecho a la reparación, sino que determinó que éste debía haberse efectuado por medio de reclamaciones en protección diplomática entre los Estados involucrados -en este caso, Japón y Estados Unidos-, las cuales deberían haberse realizado inmediatamente después de finalizar la guerra.

Siguiendo con el análisis, los ex prisioneros de guerra japoneses e internados sí tenían derecho a recibir reparación desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, pero subsistía un grave problema para obtenerla: la legislación japonesa no preveía las reparaciones por crímenes de guerra, incluidos los delitos sexuales; es decir, excluía la relación directa entre víctimas individuales y Estado, reconociendo únicamente la relación entre Estados. En este sentido, Japón jamás firmó acuerdo alguno relacionado con posibles reparaciones de guerra, pues ni en la Declaración de rendición del Imperio japonés a Estados Unidos, de septiembre de 1945, ni en el

---

<sup>588</sup> Como parte de ese proceso de denuncia por violaciones de los Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobaría años después un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Japón y otros países asiáticos. Vid. E/CN.4/Sub.2/1999/S.R.17, de 29 de septiembre de 1999, en [www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d735086ef074791ec1256c2300578410/\\$FILE/G9914958.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d735086ef074791ec1256c2300578410/$FILE/G9914958.pdf)

<sup>589</sup> Vid. Éric MONGELARD, *op. cit.*, p. 21.

Tratado de San Francisco entre Estados Unidos y Japón de 1951 se hizo mención explícita alguna a reparaciones o indemnizaciones a particulares japoneses.

Cabe agregar que, según la experiencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, las reparaciones iban precedidas por un acuerdo de paz finalizador de un conflicto armado, como sucedió con Alemania y Austria, que reconocieron su obligación de reparar los daños a las víctimas de la mencionada contienda<sup>590</sup>.

En el caso de Japón, este Estado no siguió con vigor esta misma política de reparaciones, dejando a sus ciudadanos excluidos de cualquier indemnización; incluso en el inciso a) del artículo 19 del Tratado de San Francisco con Estados Unidos, el gobierno japonés aceptó en un inicio renunciar a posibles reclamaciones individuales en el futuro. No obstante, el artículo 3 de la IV Convención de La Haya de 1907 había clarificado, por primera vez, la responsabilidad internacional del Estado de indemnizar por violaciones del Derecho Internacional Humanitario –en concreto, si vulneraba las disposiciones del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre-<sup>591</sup>.

En un análisis general, todavía al finalizar la Segunda Guerra Mundial el reconocimiento del derecho individual a recibir reparación por una violación del Derecho Internacional Humanitario carecía de fuerza y proyección jurídica suficiente. Si bien es cierto que la citada Convención de La Haya contenía un sentido de reparar, todavía en la década de los años sesenta del siglo XX no era considerada como un instrumento directo y práctico para obtener reparación alguna.

Sin embargo, la tendencia a reconocer el derecho de los individuos a exigir pronta indemnización fue apareciendo con mayor fuerza en las Relaciones Internacionales en los conflictos de la posguerra fría<sup>592</sup>. Así, con la adopción de la resolución 827 (1993),

---

<sup>590</sup> En este sentido véanse la Convención sobre la resolución de cuestiones derivadas de la guerra y la ocupación entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Estados Unidos de América y la República Federal de Alemania, de 1952, el Protocolo número 1 del Acuerdo entre Luxemburgo y Alemania, y la Conferencia de Reclamaciones judías contra el gobierno alemán de 1952. De esta manera, Alemania asumiría la obligación de reparar por medio de su legislación interna.

<sup>591</sup> Vid. F. HISAKU, S. ISOMI y N. KANTORO, *War and the Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha, Tokio, 1999, pp.103-119.

<sup>592</sup> Un caso relativo a esta materia se produjo en Grecia: *Prefecture of Voiotia vs. Federal Republic of Germany*, Causa número 11/2000, sentencia del Tribunal Supremo de Grecia (Areios Pages) de 4 de mayo de 2000. Vid. *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp.202-203.

por la que se estableció el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Consejo de Seguridad de la ONU reconoció tal derecho de las personas físicas a recibir reparación<sup>593</sup>. Poco después, en el asunto *Kadic vs. Karadzic*, presentado en virtud del ATCA, la Corte estadounidense de Apelaciones del Segundo Circuito reconoció el derecho de los individuos a recibir indemnización<sup>594</sup>. Precisamente en relación con este caso, la Federación Internacional de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“El caso *Kadic vs. Karadzic* ha permitido clasificar las reglas que rigen la aplicación del ATCA a particulares. De este caso se desprende el hecho de que, para las violaciones más graves de los derechos humanos, la responsabilidad civil de los particulares que no actúan en calidad oficial puede ser invocada directamente. En otros casos, la complicidad *de jure* o *de facto* del actor privado con el gobierno debe ser determinada judicialmente. Se distinguen, entonces, dos supuestos:

- La responsabilidad directa: la complicidad del actor privado con el Estado debe demostrarse si los hechos en cuestión pueden ser considerados como actos de piratería, esclavitud, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o trabajo forzado.
- La responsabilidad subsidiaria o la acción del Estado: para otras violaciones al Derecho internacional, el particular debe haber actuado como agente del Estado o bajo apariencia de legalidad. Se trata de casos tales como tortura, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias prolongadas, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, o la discriminación racial”<sup>595</sup>.

Por su parte, tanto el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994 como su Reglamento de Procedimiento y Prueba reconocieron el derecho de los propietarios legítimos a la restitución de los bienes y recursos que les hubieran sido arrebatados por medios ilícitos<sup>596</sup>.

Siguiendo con el Derecho Penal Internacional<sup>597</sup>, el artículo 75 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (en adelante CPI<sup>598</sup>) reconoció el derecho de las personas a

---

<sup>593</sup> Con los Acuerdos de Dayton que pusieron fin a la guerra en la ex Yugoslavia en 1995 se establecieron programas sobre Refugiados y Personas desplazadas, para atender las quejas relacionadas con la propiedad de las personas desplazadas y refugiadas en Bosnia-Herzegovina.

<sup>594</sup> Vid. su sentencia de 13 de octubre de 1995 en el caso *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232; y sobre este asunto judicial véase, por ejemplo, Alfonso J. IGLESIAS VELASCO, *La aplicación del Derecho Internacional por los jueces estatales*, Editorial Académica Española-Lambert, Saarbrücken, 2012, pp.60-61.

<sup>595</sup> Vid. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, op.cit., p. 190.

<sup>596</sup> Art.23.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda –anexo de la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 6 de noviembre de 1994-, y artículo 105 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

<sup>597</sup> Vid. Gerhard WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 12-69.

<sup>598</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998 (doc.A/CONF.183/9).

recibir pronta reparación. En el Estatuto de la Corte se enumeran, como modalidades de reparación, entre otras, la restitución, la indemnización y la rehabilitación<sup>599</sup>.

Estos criterios fueron incorporados por la CPI sobre la base de las aportaciones recogidas en los sistemas europeo e interamericano de Derechos Humanos<sup>600</sup> y por la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU<sup>601</sup>, los cuales retomaron conceptos tales como el sufrimiento emocional y psicológico, el sufrimiento físico y las pérdidas económicas originadas por actos de asesinato, esclavitud y destrucción de la propiedad<sup>602</sup>.

El mismo artículo 75 del Estatuto de la CPI determinó que las modalidades de reparación debían partir principalmente del daño causado a las víctimas<sup>603</sup>, y una vez evaluado el derecho a la reparación individual, la Corte podía dictar la sentencia contra el agresor canalizando el pago respectivo a través de un Fondo Fiduciario<sup>604</sup>. Recordemos que la reparación dentro del Derecho Internacional Humanitario ya se había tratado con mayor detalle en el caso de la empresa *Talismán*<sup>605</sup>, el cual, como hemos señalado, tuvo como vía jurídica la ATCA en los tribunales estadounidenses.

De hecho, hay que anotar que el Derecho Internacional Humanitario por su propia naturaleza posee un ámbito de aplicación *ratione personae* más amplio<sup>606</sup>, y que, como

---

<sup>599</sup> Vid. Luis CÁCERES RUIZ, *La Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma*, editorial Visionet Net, Madrid, 2006, pp. 63-72.

<sup>600</sup> No obstante, Kai Ambos señala que la CPI construye su propia jurisprudencia aplicando el principio de la *tabula rasa* (“borrón y cuenta nueva” o “empezar de cero”). Vid. Kai AMBOS, “International Criminal Law at the Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty-based Universal System” en C. STAHN y L. van den HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2010, pp.161-177.

<sup>601</sup> Asimismo, por ejemplo, la posterior Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, promovida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y aprobada en junio de 2006, considera dentro de sus puntos principales la reparación del daño a la víctima. En su articulado establece que el sistema legal de los Estados Parte deberá garantizar la reparación a las víctimas y, por tanto, una indemnización rápida, justa y equitativa al daño -artículos 4 al 6-.

<sup>602</sup> Vid. Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal Internacional*, Dickinson, Madrid, 2002, p. 20 y ss.

<sup>603</sup> Vid. José GUEVARA, *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, Porrúa, México, 2005, pp. 5-15.

<sup>604</sup> Vid. José GUEVARA, *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, op.cit., p. 16 y ss.

<sup>605</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Distrito (Distrito Sur de Nueva York). de 19 de marzo de 2003 en el caso *Iglesia Presbiteriana de Sudán v. Talisman Energy Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289.

<sup>606</sup> “Se entenderá como víctima a toda persona que haya sufrido daño, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, pérdidas económicas o menoscabo de sus derechos fundamentales”. Vid. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional



hemos analizado, puede ser aplicado a los grupos armados y las empresas, incluidas las compañías militares. Fue esta dinámica de reconocimiento internacional de las personas a recibir reparación la que haría más factible incoar procesos judiciales contra integrantes de grupos armados para obtener de ellos indemnizaciones de algún tipo.

En este sentido, no obstante el avance logrado en esta problemática a raíz de la adopción del Documento de Montreux en 2008, todavía es poco claro el alcance de la participación de los grupos no estatales en las reparaciones a las víctimas por violaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario en un conflicto armado, ya sea interno o internacional. En todo caso, las víctimas de estas violaciones podrían demandar ante los tribunales a las ESP/EMSP y reclamarles las respectivas reparaciones, lo que seguramente conducirá a construir una jurisprudencia que sirva para encauzar la actual problemática entre las ESP/EMSP y el Derecho internacional.

Es así cómo la reparación, en cuanto principio del Derecho internacional, se encuentra en una etapa decisiva dentro de su ya larga historia jurisprudencial<sup>607</sup>. El papel cada vez más complejo de las ESP/EMSP presenta su mayor desafío a principios del siglo XXI. Aunque la experiencia en este ámbito de las ESP/EMSP es casi nula hasta ahora, sin

---

Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones -Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Anexo 15, de 16 de diciembre de 2005-.

<sup>607</sup> Para analizar la cuestión de la reparación en el Derecho internacional pueden verse, en la doctrina española, C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, DM, Murcia, 2005; A. SALADO OSUNA, “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección”, en AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, 2005, pp.1251-1272; en otras lenguas, D. SHELTON, “Reparations” y James R. CRAWFORD, “State Responsibility”, ambos en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 4 de febrero de 2012; A. RANDELZHOFFER y Ch. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Nijhoff, La Haya, 1999; D. SHELTON, “Righting Wrongs: Reparation in the Articles on State Responsibility”, *American Journal of International Law*, vol.96, 2002, pp.833–856; L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER y S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l’histoire et réparations: Les réponses du droit et de la justice*, Bruylant, Bruselas, 2004; R. BUXBAUM, “A Legal History of International Reparation”, *Berkeley Journal of International Law*, vol.23, 2005, pp.314–346; P. de GRIEFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006; J. MILLER y R. KUMAR (eds.), *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford University Press, Nueva York, 2007; M. du PLESSIS y S. PETÉ (eds.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Intersentia, Antwerpen, 2007; y el siguiente enlace de internet: <https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/transitional-justice-bibliography/reparations>.

embargo el concepto de reparación en su alcance, naturaleza, modalidades y determinación puede exigir al Estado cumplir con esta obligación internacional<sup>608</sup>.

Ante lo anterior, es importante señalar que, para poder determinar la responsabilidad de las ESP/EMSP por violaciones de las normas del Derecho internacional, los tribunales nacionales deben contar con jurisdicción para poder pronunciarse sobre dichas violaciones. Por tanto, las mismas deben estar tipificadas en el Derecho interno del Estado en cuestión. La legislación estatal ha de reconocer que una violación del Derecho Internacional Humanitario representa un acto ilegal, y que el responsable de la misma ha incurrido en responsabilidad civil, además de penal.

En relación con esta problemática, es cierto que la mayoría de los Estados ha cumplido el requisito de coordinar el Derecho internacional con sus respectivos Derechos nacionales, y también han establecido, de acuerdo con sus leyes, que un acto ilícito es aquél que incumple una norma de conducta previamente prescrita, así como las obligaciones generales que tiene un individuo de respetar el derecho de un tercero y no causar daño alguno.

Con respecto al Derecho Internacional Humanitario, éste se hace valer mediante el Derecho interno de los Estados, es decir, si ciertas conductas en el orden interno desobedecen dichas normas constituyen actos ilícitos, los cuales adquieren, además, la categoría *a fortiori* por ser considerados actos criminales. Ahora bien, si la transgresión a la obligación impuesta por la norma es de carácter internacional, la misma se puede convertir automáticamente en un acto ilícito interno, al constituir una violación de una ley en relación a una conducta que impone el Derecho interno. Esto nos conduce a incorporar también en cada sistema jurídico civil interno lo que constituye una infracción del Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>608</sup> Vid. Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, aprobado por el Comité de Redacción en la Segunda Lectura, artículo 31 -documento de Naciones Unidas A/CN.4/L.602/Rev.1 de 2001-; la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949 en el caso *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, ICJ Reports 1949, p.174 y ss; y [www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/JURISPRUDENCIA%20ESCANEADA/ciertos%20danos.htm](http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/JURISPRUDENCIA%20ESCANEADA/ciertos%20danos.htm)

Sin embargo, la falta de jurisprudencia internacional en materia de ESP/EMSP complica su seguimiento, pues es necesario analizar cómo sería el comportamiento de un tribunal -ya nacional o internacional- a una demanda fundamentada en una violación del Derecho Internacional Humanitario. A ello se suma que subsisten todavía diferencias de interpretación entre las legislaciones nacionales sobre qué constituye un acto ilícito a efectos de calificarlo como vulneración del Derecho Internacional Humanitario.

Por la dimensión adquirida en la actualidad por el Derecho anglosajón o *Common Law*, en particular el estadounidense y el británico en los últimos años, debido al dinamismo jurídico de varias de sus legislaciones, es indispensable señalar que en él existen diversas categorías que pueden ser interpretadas como delitos, las más conocidas de las cuales son la negligencia y la infracción intencional contra individuos o bienes. Ahora bien, el *Common Law* puede interpretar el incumplimiento de una obligación prescrita por el Derecho interno como un delito ordinario *per se*.

En efecto, el incumplimiento de una obligación impuesta por la legislación nacional puede servir como prueba de que el acusado ha sido negligente. Con respecto a esto, la Corte Suprema canadiense<sup>609</sup>, basándose en el *Common Law*, estableció en el caso *R. v. Saskatchewan Wheat Pool* que el incumplimiento de la ley era un elemento indiciario para determinar si el acusado se encuentra en la categoría de la negligencia y, por tanto, en la comisión de un acto ilícito<sup>610</sup>.

En el Derecho anglosajón, si bien se encuentran tipificadas las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, como la tortura, la esclavitud, atentados graves contra la integridad física de las personas, los tratos inhumanos, el dolor y los sufrimientos intensos y otros delitos de maltrato, es esencial demostrar que el acusado tenía el deber de socorrer a la víctima y que no lo hizo ni tuvo la más mínima intención de ayudarla. De esta manera, el acusado podría enfrentarse a una posible demanda por negligencia, considerada como infracción del Derecho Internacional Humanitario de conformidad con el *Common Law*.

---

<sup>609</sup> Para comprender el sistema jurídico canadiense véase, por ejemplo, Gerard L. GALL, *The Canadian Legal System*, 3ª edición, Carwell, Toronto, 1990.

<sup>610</sup> Vid. sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 8 de febrero de 1983 en el caso *R. v. Saskatchewan Wheat Poll*, 1 S.C.R. 205.

En la práctica, estos delitos son muy difíciles de comprobar si partimos de que se trata de normas aplicadas dentro de un escenario de guerra. De acuerdo con el *Common Law* y como parte de su jurisprudencia<sup>611</sup>, en primer lugar es necesario establecer la existencia de una relación de proximidad y acercamiento entre el acusado y la víctima para que se produzca el deber de socorrer o ayudar, de tal manera que sea comprobable que la negligencia por parte del acusado da lugar al daño causado a la víctima.

Con respecto al *Common Law* estadounidense y su práctica judicial en la materia, se puede anotar que la misma se ha caracterizado por una timidez judicial y administrativa desde el inicio del contexto de la lucha internacional contra el terrorismo –a partir de septiembre de 2001-, así como por el empleo de ciertas posiciones que incluso minimizan los derechos individuales en el seno del Derecho Internacional Humanitario<sup>612</sup>, no obstante la aplicabilidad del ATCA en el asunto *Talisman*.

La problemática es compleja, no únicamente para el Derecho anglosajón en general, sino también para el Derecho continental (americano y europeo)<sup>613</sup>, cuyas legislaciones han dado luz a que los tribunales puedan reconocer nuevos derechos de demanda por parte de víctimas relacionadas con el Derecho Internacional. Por consiguiente, existe la posibilidad de plantearse dicha cuestión en el ámbito del Derecho Internacional Privado, y en concreto del conflicto de leyes. Un ejemplo sería si una empresa -militar o civil- es demandada en el Estado donde está domiciliada por un hecho cometido en otro Estado: en ese momento, resulta indispensable determinar qué tipo de ley nacional se va a aplicar en ese caso concreto.

Desde esta perspectiva se presentan dos posibles vías, las leyes del Estado donde se ha planteado la demanda o bien las leyes del Estado donde se cometió el acto ilícito; la regla tradicional del Derecho Internacional Privado nos indica que las leyes a aplicar son las del lugar donde se cometió el delito o la *lex loci delicti*.

---

<sup>611</sup> Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Canadá de 26 de julio de 1984 en el caso *Kamloops (City) v. Nielsen*, 2 S.C.R. 2; y de 28 de enero de 1999 en el caso *Ryan v. Victoria (City)*, 1 S.C.R. 201.

<sup>612</sup> Vid. verbigracia el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450 (4th. Cir. 2004), que veremos más adelante en el apartado VII.H del Capítulo VII de la presente tesis.

<sup>613</sup> Vid. Angel FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: Una aproximación al tema*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 58-59.

En el Derecho anglosajón y, en particular en el Reino Unido, la *Private International Law Act*<sup>614</sup>, promulgada en 1995, ha indicado formalmente que la norma que debe seguirse es *la lex loci delicti* para problemáticas relacionadas con el conflicto de leyes. Esta posición fue también adoptada por otros Estados pertenecientes al *Common Law*, entre ellos, Canadá (Quebec)<sup>615</sup>, Australia y Nueva Zelanda. En cuanto al ordenamiento federal estadounidense, éste ha presentado tradicionalmente problemas de difícil solución en materia de Derecho Internacional Privado en lo que se refiere a la selección de la ley apropiada entre dos o más partes en conflicto debido, entre otras cuestiones, a que en dicho sistema los diversos Estados ostentan un claro poder jurídico frente a las instituciones federales.

De hecho, resulta poco sorprendente que en un caso federal se reapliquen leyes federales, o bien que un tribunal estatal reaplique su propia legislación estatal o en ciertas ocasiones la propia norma constitucional, incluso cuando dicho caso no involucrara a una sola ley federal sino a una diversidad de leyes federales entre las partes en conflicto; de cualquiera de estas formas tan diversas y, a veces, dispares, puede tramitarse un caso ante un tribunal federal.

Es tal la complejidad del sistema federal estadounidense que diversos actores lo han calificado a lo largo del siglo XX como “el paraíso de los conflictos de leyes”<sup>616</sup>. No obstante, su experiencia en la aplicación de la *lex loci delicti* se pudo concretar en el caso *Filártiga v. Peña-Irala* de 1980, que, como hemos visto, estableció la jurisdicción civil universal, habilitando con ello a los tribunales federales estadounidenses para conocer de cualquier causa civil fundamentada en violaciones del Derecho internacional, independientemente de dónde se haya producido dicha infracción. Por consiguiente, *la lex loci delicti* es el criterio que se recomienda, y que por medio de la cual se pueda establecer la tipificación de nuevos actos ilícitos relacionados con el Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>614</sup> *Private International Law Act*, en [www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents)

<sup>615</sup> Artículo 3.126 del Código Civil de Quebec, de 1991.

<sup>616</sup> Willis REESE y Maurice ROSENBERG, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, The Foundation Press, Mineola, 1978, pp. 350-990; y JAMES R. NAFZINGER, “Algunas consideraciones acerca de la selección de leyes, según los tribunales y juristas norteamericanos”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, tomo II, n°13, 1981, pp. 1017-1035, disponible en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr44.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr44.pdf)

Esto es muy importante debido a que los Estados del *Common Law* consideran mínima la necesidad de que un delito se encuentre tipificado, puesto que regularmente se reconocen nuevos delitos. De hecho, la labor del tribunal es precisamente tipificar derechos de demanda que antes se omitían. Se considera, por tanto, que el derecho de responsabilidad civil es un proceso dinámico y su desarrollo es continuo. De ahí que se considere factible que un demandante presente una demanda con una base jurídica novedosa ante un tribunal del *Common Law*.

Por tanto, la actual interpretación de la *lex loci delicti* representa un gran avance dentro de la teoría jurídica para que los tribunales de la jurisdicción anglosajona permitan entablar un juicio donde se encuentre involucrada una empresa y, si ésta es de seguridad privada, se obtenga una jurisprudencia a desarrollar que pueda servir como precedente judicial y base jurídica para futuras demandas civiles. Considerando todo lo anterior, es factible entonces que un tribunal federal declare al personal de una empresa -y de modo específico una ESP/EMSP-, como posible responsable de una violación del Derecho Internacional Humanitario.

En este sentido, cabe recordar que, de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>617</sup>, las reparaciones no pretenden de forma alguna ni el enriquecimiento ni el empobrecimiento de las víctimas, sino que las mismas deben ser proporcionales y adecuadas a los Derechos Humanos que hayan sido lesionados por la violación, agregando que el establecimiento de una indemnización no excluye otras formas de reparación para las víctimas como la restitución o la rehabilitación<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup> Artículo 75.2 del Estatuto de Roma de 1998; véanse también los artículos 94 a 99 de su Reglamento de Procedimiento y Prueba. Para analizar la Corte Penal Internacional y la criminalidad internacional véanse, entre otros, J.A. CARRILLO SALCEDO (Coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000; y O. TRIFFTERER (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2008.

<sup>618</sup> Vid. J.A. YÁÑEZ BARNUEVO, "El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como Institución" en J.A. CARRILLO SALCEDO (Coordinador), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, op.cit., p. 150 y ss.; F. VAL GARIJO, "La reparación de las víctimas de crímenes internacionales: la Corte Penal Internacional y el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas", *Comunitania, International Journal of Social Work and Social Sciences*, julio 2011, nº2, pp. 81-98, en <http://dx.doi.org/10.5944/comunitania.2.5>

### **V.C. La ATCA ante los tribunales federales estadounidenses como la acción directa para reclamar reparación por violaciones del Derecho Internacional Humanitario**

Para analizar la situación de la ATCA en el escenario jurídico estadounidense actual se debe partir de los principales principios que integran el Derecho Internacional Privado, pues su función primordial comprende habilitar a las respectivas instancias judiciales. De esta forma, la presente investigación tratará de ampliar las posibilidades de aplicación del ATCA ante los tribunales de Estados Unidos.

Así, tenemos que en el Derecho Internacional Privado el principio fundamental para establecer qué instancia judicial tiene jurisdicción en un asunto determinado es el principio *sequitur forum rei*; dicho de otro modo, de conformidad con este principio general, el tribunal que tiene competencia es el del domicilio del demandado.

Por otra parte, es importante anotar que existe otro principio para que un tribunal de una jurisdicción determinada pueda tener competencia, se trata del lugar donde se ha presentado el litigio<sup>619</sup>, que en este caso sería por violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, este principio por lo general no es utilizado, entre otras cosas, debido a que no es común que se emprenda una demanda civil contra el personal de una empresa -aún más si se trata del ramo de la seguridad militar privada- ante los tribunales estatales<sup>620</sup> donde la supuesta violación del Derecho Internacional Humanitario fue cometida pues, si el gobierno de turno fue cómplice, obstaculizará el proceso, o bien es posible que el sistema judicial sea inadecuado.

En el sistema jurídico del *Common Law*, los tribunales tienen jurisdicción sobre todos los individuos que se encuentran en su territorio, así sea en una estancia temporal, pero siempre y cuando se le notifique al acusado la demanda judicial en el momento de encontrarse en su jurisdicción territorial.

---

<sup>619</sup> Vid. por ejemplo *International Business Machines Corporation (IBM) vs. Gypsy International Recognition and Compensation Action*, sentencia del Tribunal de Ginebra de 22 de diciembre de 2004, 4C.296/2004.

<sup>620</sup> El caso más parecido a nuestro análisis data de 2004: la empresa Daimler Chrysler, con sucursal en Argentina, se enfrentó a una demanda ante un tribunal de California (Estados Unidos), interpuesta por familiares de desaparecidos durante la dictadura militar. Vid. [www.dw-world.de/dw/article/0,,1089158,00.html](http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1089158,00.html)

En relación con las ESP/EMSP, su presencia en territorio estadounidense ha sido interpretada por la legislación de dicho país como el hecho de tener un domicilio conocido, o bien desarrollar sus labores y funciones en el país sin excepción alguna y con las obligaciones derivadas de esta disposición. Cabe agregar que en Estados Unidos en estos casos se aplica la noción del nexo mínimo (*minimum contacts*), la cual establece que la relación entre empresa y Estado varía en función de la legislación aplicable en cada Estado del país. Sin importar donde ocurrieron los hechos, el juez es competente si se presentan las siguientes situaciones: si la empresa es estadounidense, es decir, si su sede se encuentra en el mismo lugar del tribunal competente; o si la empresa extranjera o estadounidense, aunque su domicilio social se encuentre en otro Estado, sin embargo realiza actividades de manera cotidiana y continua en el Estado donde se encuentra la Corte<sup>621</sup>.

En suma, estas premisas son fundamentales para que los tribunales estadounidenses tengan la respectiva jurisdicción<sup>622</sup>; lo que se requiere fundamentalmente es que el litigio mantenga una relación directa con la jurisdicción donde se ha presentado dicha demanda<sup>623</sup>. Dentro de éste análisis se puede anotar el asunto *Álvarez Machain*, cuyas repercusiones siguieron su curso en el ámbito del Derecho internacional desde que se dio a conocer en 1990. Además, recordemos que en el caso *Álvarez Machain*, analizado por la Corte Suprema de Estados Unidos en 2004, se otorgaba jurisdicción a los tribunales de distrito por infracciones del Derecho internacional, pero limitada a las coyunturas históricas del momento<sup>624</sup>. Esto es de particular importancia, debido a que el escenario internacional era otro y la política interna e internacional de Estados Unidos

---

<sup>621</sup> Así por ejemplo el caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company & Shell Transport and Trading*, en la Orden de la Corte de Distrito (S.D.N.Y.) de 28 de febrero de 2002, 2002 WL 319887.

<sup>622</sup> J.L. HEIL, "African Private Security Companies and the Alien Tort Claims Act: Could Multinational Oil and Mining Companies Be Liable?", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 22, 2002, pp. 305-306.

<sup>623</sup> Es importante señalar que los tribunales estadounidenses aplican los principios de personalidad activa y pasiva: la primera se aplica cuando el autor del delito es estadounidense, y la segunda cuando el delito es cometido por cualquier extranjero y la víctima es un ciudadano estadounidense. JAMES R. NAFZINGER, "Algunas consideraciones acerca de la selección de leyes, según los tribunales y juristas norteamericanos", *op. cit.*, p.1035 y ss.

<sup>624</sup> "Después del caso *Sosa*, numerosas víctimas extranjeras han presentado demandas ante los tribunales estadounidenses, a fin de obtener reparación por las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por empresas multinacionales en el marco de sus actividades en el extranjero, ya sea como autora de las violaciones o cómplice del gobierno receptor de la inversión. Algunas empresas multinacionales tienen sede en los Estados Unidos –Chevron Texaco, Wal Mart, Exxon Mobil, Shell Oil, Coca Cola–". Vid. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, *op. cit.*, p.193.



se había endurecido y restringido, sobre todo tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

Ante esta problemática es esencial subrayar la posición que adoptó el Tribunal Supremo en relación con las normas del Derecho Internacional Humanitario, que confirma la jurisdicción de los tribunales estadounidenses en estos casos, pero ésta deberá estar sujeta a las interpretaciones originales del ATCA, y no después de haber sido aprobada. Esto constituye por tanto un paradigma para poder ampliar la aplicabilidad del ATCA ante los tribunales federales estadounidenses<sup>625</sup>.

Ahora bien, la jurisdicción universal recomienda que el tribunal tenga jurisdicción *ratione personae*<sup>626</sup> en relación con el acusado. En el caso que nos ocupa, la regulación internacional de las ESP/EMSP, este principio no parece tener mucha complejidad, puesto que el sólo hecho de que dicha empresa desarrolle sus actividades dentro del territorio de Estados Unidos significa que los tribunales federales estadounidenses pueden tener jurisdicción *ratione personae*, lo que conduce a la aplicación de la ATCA<sup>627</sup>.

Hasta este momento la aplicación de dicho principio ha sido clara, pero la problemática se presenta cuando un extranjero o instancias extranjeras interponen una demanda conforme a la ATCA tanto fuera como en el interior de Estados Unidos. Este es un acto suficiente para que los tribunales estadounidenses inmediatamente lo relacionen con la teoría del “Acto de Estado o de gobierno” (*Act of State*), la cual indica que los tribunales federales no pueden juzgar la conducta de otro Estado, en virtud del principio de la soberanía e independencia de los Estados; esto representa un serio obstáculo para la

---

<sup>625</sup> Marta Requejo señala que “Pocos son los casos contra empresas planteados al amparo del ATS en los que se ha alcanzado el estadio de discusión en cuanto al fondo del asunto; muchos más aquellos en los que la discusión se centra, y termina, en cuestiones procesales. Explica la doctrina que este detenerse en cuestiones procesales es una estrategia de los tribunales para eludir precisamente las cuestiones sustantivas más espinosas; en el ámbito del ATS evitan tener que pronunciarse sobre qué actos constituyen violaciones del DI consuetudinario o convencional de los EEUU, y otros aspectos relacionados como la responsabilidad de las empresas por complicidad”. Marta REQUEJO ISIDRO, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2011, p. 13, disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf)

<sup>626</sup> Sobre el lenguaje jurídico véase Enrique ALCARAZ VARÓ y Brian LUGUES, *El español jurídico*, Ariel, Barcelona, 2009, pp. 24-360.

<sup>627</sup> Véase la referencia al asunto *Talismán* en la Orden del Tribunal de Distrito (S.D.N.Y.) de 28 de febrero de 2002 en el caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Company & Shell Transport and Trading*, 2002 WL 319887.

aplicación del ATCA. Un ejemplo de lo anterior, como hemos señalado, fue la interpretación del Tribunal de Distrito de Tokio en 1963, que no dudó en aplicar dicha teoría en el caso *Shimoda*<sup>628</sup>. Por tanto, la teoría del “Acto de Estado” podría impedir llevar a la justicia a las ESP/EMSP acusadas de violaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, si es que no se reforma o se ajusta a la realidad internacional contemporánea, y en particular a los avances en materia de Derechos Humanos.

Estos desafíos a los que se enfrenta principalmente el principio de soberanía estatal están acompañados por la aparición de sucesivas normativas internacionales actuales, lo que ha conducido a buscar un punto de equilibrio entre las jurisdicciones nacionales y el Derecho internacional. Esto ha de ser tenido en cuenta si es que los tribunales federales desean transformar la teoría del “Acto de Estado” a la hora de plantearse el estudio y tratamiento de los casos relacionados con la posible aplicación de la ATCA y, sobre todo, si se desea confiar a los jueces nacionales la efectividad de las normas internacionales en el orden interno.

Así la situación, y retomando nuestro análisis, por otro lado, si un juez considera que otra jurisdicción puede ser más competente para llevar un juicio, se aplica el principio *forum non conveniens*<sup>629</sup>. Esto por lo regular sucede en el *Common Law*, y precisamente se plantea cuando el asunto se origina en una jurisdicción distinta de la propia jurisdicción del tribunal del foro<sup>630</sup>.

La experiencia de los tribunales federales, en particular los estadounidenses, en la aplicación de la doctrina *forum non conveniens* no es muy amplia<sup>631</sup>. El único referente,

---

<sup>628</sup> Véase la nota 586 de este trabajo de investigación, *supra*.

<sup>629</sup> “Conforme a la teoría de *forum non conveniens*, la decisión de inhibirse requiere en todo caso la demostración de que existe un foro asequible y adecuado (available and adequate) y la ponderación de una serie de factores: unos de naturaleza privada, que atañen a las partes; y otros de interés público, relativos al propio tribunal y a la sociedad”. Marta REQUEJO ISIDRO, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, 2011, p. 14, disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf). Vid. Ronald A. BRAND, “Forum non conveniens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 29 de enero de 2012.

<sup>630</sup> Así por ejemplo, sobre la aplicación de este principio en Canadá como parte del *Common Law*, ver el artículo 3.135 del Código Civil de Quebec.

<sup>631</sup> Véase Ronald A. BRAND, “Forum non conveniens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 29 de enero de 2012.

como hemos analizado, sigue siendo el caso *Talisman*, cuyas acciones judiciales tuvieron como fondo la aplicación del ATCA. En dicho asunto, el tribunal consideró que Sudán y Canadá podían ser foros alternativos.

En el caso de Sudán, el tribunal decidió que no podía ser un lugar conveniente para que tuviera lugar el litigio, debido a que la acción alegaba violaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos cometidas por las fuerzas armadas del Estado Sudanés. El tribunal argumentó, para justificar el *forum non conveniens*, que la aplicación del Derecho islámico se apartaba de los lineamientos de dicha legislación, por lo que podría correrse el riesgo de que los acusados obtuvieran alguna ventaja jurídica dentro de su legislación o ley de la sharía, es decir, la ley islámica<sup>632</sup>.

Por otro lado, el tribunal tenía sus dudas respecto a que Canadá fuera el foro apropiado para el litigio de la empresa *Talisman*<sup>633</sup>, debido esencialmente a que los delitos medulares del asunto, si bien estaban tipificados en el Derecho canadiense, no recogían con objetividad la gravedad y dimensión de las violaciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, pues en una situación determinada durante el desarrollo del litigio podrían presentarse diversas interpretaciones y divergencias que obstaculizaran el proceso en el tribunal canadiense en probable perjuicio de los demandantes y, por consiguiente, de las reparaciones o indemnizaciones a las que pudieran tener derecho.

El tribunal afirmó que los demandantes podían obtener en su momento la misma reparación o indemnización en los tribunales canadienses que en los tribunales estadounidenses, pero todo indicaba que los tribunales canadienses iban a procesar a su modo las denuncias de los solicitantes, y en particular, se inclinarían en primera instancia por las violaciones al Derecho canadiense, y después al Derecho internacional<sup>634</sup>. Por estas razones, tal escenario no garantizaba un juicio pleno. Sin

---

<sup>632</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York de 19 de marzo de 2003 en el caso *La Iglesia Presbiteriana de Sudán vs. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp .2d 289, pp.334-336.

<sup>633</sup> El Derecho canadiense es analizado, por ejemplo, en Esther MITJANS y Josep M. CASTELLA (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001, pp. 25-208.

<sup>634</sup> Esther MITJANS y Josep M. CASTELLA (coords.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, op. cit., p. 100 y ss.

embargo, no por ello perdían su condición de foro adecuado para el desarrollo del litigio<sup>635</sup>.

Por otra parte, desde la perspectiva de la doctrina del conflicto de leyes, el tribunal canadiense podría aplicar legalmente el Derecho sudanés<sup>636</sup>, lo que hubiera conducido a la aplicación de la ley de la sharía<sup>637</sup>, la cual no era precisamente la normativa más adecuada para el litigio. En consecuencia, el tribunal estadounidense consideró que su foro podría ser el más apropiado. De esta manera, el litigio tuvo lugar en el tribunal de distrito de Nueva York.

De esta experiencia se puede anotar que la aplicación del principio *forum non conveniens* tiene un carácter limitado y parcialmente efectivo<sup>638</sup>. Los tribunales pueden establecer factores según su criterio e imponer sus intereses en *pro* de la justicia internacional y, por consiguiente, del Derecho internacional. Siguiendo este orden de ideas, es conveniente recomendar que los asuntos relacionados con las ESP/EMSP por infracciones de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos sean enjuiciados por los tribunales del foro, del lugar donde se han desarrollado los hechos ilícitos<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> Sentencia del Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York de 19 de marzo de 2003 en el caso *La Iglesia Presbiteriana de Sudán vs. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp .2d 289, p. 337.

<sup>636</sup> Vid. Amnistía Internacional, “Sudán: ha llegado la hora de actuar sobre el nuevo compromiso de Sudán de adaptar su legislación al Derecho Internacional Humanitario”, <http://www.cesarsalgado.net/200302/030226b.htm>

<sup>637</sup> La Sharia es considerada por los musulmanes como la ley divina que regula las actividades humanas. Por tanto, el Islam y la religión serían la base del Derecho. La Sharia se fundamenta en dos fuentes: el Corán y la tradición. Su aplicación varía de país a país, y por ello es difícil hablar de un Derecho islámico uniforme. A los especialistas se les llama alfaquíes, que resuelven casos de índole legal religiosa. Sudán, país que fue incorporado al Islam desde las primeras invasiones árabes, se caracterizó por tratar de integrar a los grupos étnicos que habitaban el territorio. En épocas actuales el Sudán se ha dividido: el norte se ha declarado abiertamente musulmán, en tanto el sur ha manifestado su disposición a aplicar el secularismo. Dicho de otro modo, Sudán es un Estado de dos sistemas. La controversia entre Sharia y Estado secular ha sido causa central de la desestabilización política y social en Sudán desde 1983.

<sup>638</sup> Cabe mencionar que, en la doctrina *forum non conveniens* el caso Bhopal (India) es obligado, (*Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal*, 634 F Supp 842. (SDNY, 1986), 846-848, mayo 12 de 1986; y sentencia del Tribunal Supremo de la India. 7 de junio de 2010.

<sup>639</sup> En este sentido, es importante recordar un caso controvertido: sentencia de 11 de abril de 1994 en el caso *Aguida vs. Texaco, Inc.*, No. 93 Civ. 7527, 1994 WL 142006 (S.D.N.Y.); 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y. 1994), 945 F. Supp. 625-627 (S.D.N.Y. 1996); y sentencia de enero 31 de 2000 en el *Jota vs. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153. 158-61 .2d Cir. U.S. Dist. LEXIS 745 (S.D.N.Y.); en él, la empresa estadounidense Texaco fue acusada de implementar métodos prohibidos de explotación sobre el medio ambiente en Ecuador.

Así, partiendo de estas situaciones y principios anteriores, las legislaciones nacionales pueden exigir responsabilidades a las empresas -civiles o militares- por graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, pues existen elementos que pueden ser causas de demanda y de su respectiva reparación jurídica<sup>640</sup>. En este sentido, para Marta Requejo es indispensable que se introduzca un *heightened pleading standard*, un mecanismo que permitiría presentar alegatos iniciales a los tribunales inferiores con la finalidad de comunicar al demandado que es responsable de los delitos imputados<sup>641</sup>.

Es así cómo la efectividad de la ATCA en la primera década del siglo XXI sigue siendo escasa en los procedimientos judiciales, pues es una ley que, si bien contiene elementos sumamente importantes para llevar a juicio a posibles infractores del Derecho Internacional Humanitario, en su aplicación pueden influir otros factores. Como hemos señalado, existe la posibilidad de que la ATCA siga sujeta a interpretaciones contradictorias ante la complejidad que existe en torno a ella, dado el tiempo transcurrido desde su aprobación, principal argumento de aquéllos que la critican y marginan dentro del Derecho estadounidense<sup>642</sup>.

Algunos demandantes en el *Common Law* que han invocado dicha Ley lo han hecho bajo el principio del *forum non conveniens*, la facultad de declararse incompetentes, pues puede existir otro juez más apropiado<sup>643</sup>. Dicha doctrina señala que los tribunales tienen poderes discrecionales en materia de competencia procesal para declinarla al comprobarse su incompetencia; se trata de dar solución a un problema de competencia procesal internacional, y representa una cuestión previa a la solución del problema de la elección de la ley aplicable. También es uno de los tres elementos que inciden en la determinación de la competencia procesal internacional: el orden público, la autonomía de las partes y el *forum non conveniens*; sin embargo, este último carece de tradición en

---

<sup>640</sup> Véase el caso *Khulumani* en Lindiwe KNUTSON, “¿Es el Derecho de las víctimas de apartheid a reclamar indemnizaciones de corporaciones multinacionales finalmente reconocido por los tribunales de los EE.UU.?”, *Revista internacional de los derechos humanos, Conectas Derechos Humanos*, vol.7, número 12, junio de 2010, pp. 181-208.

<sup>641</sup> Vid. Marta REQUEJO ISIDRO, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?”, *op.cit.*, p. 17 y ss., disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf)

<sup>642</sup> Algunos grupos de presión intentan bloquearla, como la Cámara de Comercio de Estados Unidos o el Consejo de Negocios Internacionales, entre otros. Vid. AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, *op.cit.*, 2005, p. 1394 y ss.

<sup>643</sup> Vid. Nathaniel STINNETT, “Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 28, 2005, pp. 211-223.

el sistema del Derecho civil anglosajón, en donde su admisibilidad ha sido ampliamente discutida.

En concreto, en Estados Unidos, desde su primera aplicación en 1929, los tribunales han optado por aplicar este principio principalmente en el derecho marítimo. En la actual época de posguerra fría, los tribunales han tratado de aplicarlo en asuntos difíciles o poco comunes, como sería ahora la regulación de las ESP/EMSP en el Derecho internacional y su aplicación en las legislaciones nacionales<sup>644</sup>.

En algunos países europeos, como Francia y Bélgica -que no pertenecen al *Common Law*-, el problema de la competencia internacional se ha resuelto mediante la introducción de reglas legislativas. No obstante, en Estados de América Latina como Panamá, Venezuela, Colombia y otros países americanos pertenecientes al Derecho continental, sus legislaciones no aplican este principio.

En general, se trata de un principio que aún es objeto de análisis en el *Common Law*, sobre todo en Estados Unidos, donde se ha pretendido aplicarlo en casos relacionados con las ESP/EMSP acusadas de abusos y violaciones del Derecho internacional. Esta dificultad en la aplicación del principio *forum non conveniens*<sup>645</sup> hace aún más indispensable la necesidad de replantear la ATCA de 1789<sup>646</sup>.

Cabe señalar que este replanteamiento sobre la ATCA con la finalidad de llevar a juicio a las ESP/EMSP, sin embargo carece de pronta efectividad, pues es necesario demandar a una ESP/EMSP en un lapso de diez años<sup>647</sup> por violaciones diversas y que los

---

<sup>644</sup> Véase la sección 1404 del Código Civil de los Estados Unidos de 1948, enmendada en 1992 y en 1996.

<sup>645</sup> La definición actual del principio *forum non conveniens* es analizada en Salomé ADROHER BIOSCA y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ (coord.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006, pp. 112-113.

<sup>646</sup> En el Derecho estadounidense, la doctrina del *forum non conveniens* obliga al juez que esté tratando un caso relacionado con la ATCA a examinar si la jurisdicción estadounidense es la más viable para resolver el asunto, o bien si una jurisdicción extranjera es la más adecuada, lo que dependerá de cada caso concreto. Ahora bien, el hecho de que en los países en desarrollo existan lagunas jurídicas para perseguir a empresas acusadas de violaciones a los Derechos Humanos hace que dicho principio sea aprovechado por las empresas demandadas, lo que constituye una barrera para la competencia cuasi universal de los tribunales de Estados Unidos. Vid. Ph. ALSTON, *Labour Rights As Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 20 y ss.

<sup>647</sup> Es importante enfatizar que la ATCA no menciona explícitamente un plazo fijo, sino que son los jueces quienes determinan el plazo de la prescripción por analogía con otra ley federal. De esta manera,

demandantes puedan demostrar que estas empresas mantienen sus actividades y negocios sistemática y continuamente en Estados Unidos, requisitos éstos que en sí conllevan un proceso muy complejo de verificar<sup>648</sup>.

Ahora bien, no se discute que la ATCA pueda ser un instrumento útil contra la impunidad que rodea a las ESP/EMSP a nivel global<sup>649</sup>, pero las lagunas jurídicas que aún prevalecen en las leyes de procedimiento lo convierten en un instrumento de poca efectividad<sup>650</sup> y, por tanto, abierto a mucho debate en la mayoría de los casos<sup>651</sup>.

Así en general, los Tribunales federales estadounidenses aún no han tratado directamente la cuestión de la responsabilidad corporativa en virtud de la ATCA: por ejemplo, los Tribunales de Apelaciones que corresponden al Primer, Tercer, Cuarto, Quinto, Sexto, Octavo y Décimo Circuito, se han limitado a hacer observaciones sin valor como precedente; mientras tanto, los Tribunales del Séptimo, Noveno y Undécimo Circuito han asumido, sin mayores comentarios, que las corporaciones y otros actores privados pueden ser acusados en virtud de la ATCA. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia ha encontrado que los sujetos corporativos sólo pueden ser demandados cuando los demandantes puedan demostrar que los acusados eran *de facto* los actores estatales<sup>652</sup>.

Esto hace indispensable analizar el conflicto de leyes en Estados Unidos para que nos conduzca a la solución de la problemática que nos ocupa, la regulación de las ESP/EMSP y la aplicación de las normas sobre su responsabilidad civil por infracciones

---

varias jurisdicciones han homologado el plazo de prescripción de 10 años, ya que tienen un objetivo en común (en este caso, la protección de los Derechos Humanos).

<sup>648</sup> Véanse como casos recientes: decisión del Tribunal de Distrito (Columbia) de 14 de octubre de 2005 en el caso *Doe vs. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20 (DDC 2005); Orden del Tribunal de Distrito (Columbia) de 30 de septiembre de 2009 en el caso *Doe VIII vs. Exxon Mobil Corp.*, 658 F. Supp. 2d. 131 (DDC 2009). Por su parte, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito ha rechazado que las empresas puedan ser responsables en virtud de la ATCA: sentencia de 17 de septiembre de 2010 en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F. 3d 111 (2º Cir., 2010).

<sup>649</sup> Vid. Marta REQUEJO ISIDRO, "Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?", *op.cit.*, 2011, p. 3 y ss., disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf)

<sup>650</sup> Vid. Ph. ALSTON, *Labour Rights As Human Rights*, *op. cit.*, p. 30 y ss.

<sup>651</sup> En su sentencia de 11 de julio de 2011 en el caso *Flomo vs. Firestone Natural Rubber Co.*, 643 F.3d.1013 (7º Circ., 2011), la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito consideró que las corporaciones sí pueden ser demandadas bajo la ATCA.

<sup>652</sup> En el caso *Kiobel*, los demandantes alegaron que la empresa petrolera Royal Dutch era responsable de complicidad en hechos de tortura, ejecución extrajudicial y demás violaciones del Derecho internacional en Nigeria, pero el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito ha rechazado que las empresas puedan ser responsables en virtud del ATCA. Véase su sentencia de 17 de septiembre de 2010 en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, 621 F. 3d 111 (2º Cir. 2010).

del Derecho internacional y el Derecho Internacional Humanitario, a través precisamente de leyes como la ATCA<sup>653</sup> y el principio *lex loci delicti*.

## **V.D. La ATCA ante la Revolución del Conflicto de Leyes en Estados Unidos**

La cuestión anterior nos conduce a rescatar algunos autores críticos que, desde las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX, emprendieron un proceso de renovación dentro del *Common Law* estadounidense. En un inicio, este proceso se caracterizó por la introducción de una serie de metodologías, algunas de las cuales evolucionaron hasta convertirse en un conjunto de teorías que tratan de explicar, fortalecer y actualizar el fundamento jurídico del actual *Common Law* estadounidense.

Entre los principales juristas que nos interesa destacar se encuentra Arthur von Mehren, quien propuso el llamado “método funcional”<sup>654</sup>. En su análisis propone en primer orden resaltar las políticas sociales, y juntas a ellas nuevas reglas para realizar otros fines, además de satisfacer el interés del Estado. En el planteamiento teórico de von Mehren se planteaba lo siguiente: ¿cómo los conflictos deben ser tratados sin hacer presunción en favor de un determinado principio como la *lex loci delicti*, y al mismo tiempo avanzar en las políticas sociales más importantes del Estado, en particular en las relacionadas con los derechos humanos? Para contestar dicho cuestionamiento, von Mehren recomendó aplicar las reglas de regulación, es decir, reglas sustantivas creadas con motivo de un conflicto complejo y difícil como sustituto de reglas o leyes en conflicto.

El sistema de von Mehren, no obstante su influencia en el Derecho estadounidense en aquella época, fue descartado por los tribunales estadounidenses porque representaba un sistema muy ambicioso con pocas posibilidades de ser llevado a la práctica y, por tanto, a la jurisprudencia al faltarle elementos de predicción y expectativa razonable, aunque su intencionalidad fuera la aplicación de la justicia.

---

<sup>653</sup> Vid. Marta REQUEJO ISIDRO, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?”, *op.cit.*, 2011, p. 13 y ss., disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf)

<sup>654</sup> Arthur T. von MEHREN, “Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology”, en *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974, pp. 347- 349.



Otros críticos del sistema judicial estadounidense, como Cavers, recomendaban un sistema más sencillo, partiendo de los intereses gubernamentales<sup>655</sup>; sin embargo, en caso de un conflicto complejo, esto llevaría a la aplicación de las reglas de preferencia, que no son las reglas sustantivas de sustitución del sistema de von Mehren, sino reglas de procedimiento o de prioridad que se crean especialmente para resolver conflictos de leyes. Dicho de otro modo, David Cavers indicaba que si se aplicaba una regla de procedimiento con carácter resolutivo a un conflicto determinado, por ejemplo el principio *lex loci delicti*, ésta tendría que regir sin excepción incluso aunque la indemnización o reparación al demandado pudiera rebasar la capacidad del demandante para cumplir la sentencia. El papel del tribunal federal sería entonces vigilar el cumplimiento de este ordenamiento. Por tanto, propuso fortalecer el sistema federal y, por consiguiente, los poderes de los tribunales federales de los Estados. Recomienda, asimismo, que los residentes de un Estado donde se cometa un presunto acto ilícito, en caso de ser sospechosos, no deberán someterse a medidas inferiores a los extranjeros que entren en el Estado, debido a que esto implicaría que el delito se complique al existir elementos nuevos y complejos, obstaculizando todo el proceso en general y, en consecuencia, la sentencia tardaría en adoptarse.

Por lo general, la doctrina de Cavers representa un compromiso que conjuga equitativamente factores territoriales y teleológicos, los cuales habían dominado el pensamiento del desarrollo académico estadounidense relacionado con el Derecho Internacional Privado durante la primera mitad del siglo XX.

Otra propuesta para mejorar el sistema judicial estadounidense fue la que publicó el jurista Max Rheinstein, de la Universidad de Chicago, a mediados del siglo XX<sup>656</sup>. Dicho especialista afirmó que el principio básico y la justificación de las reglas para seleccionar la ley aplicable consistía en preservar las “expectativas legítimas” o razonables de los individuos, y no en la protección de los poderes o intereses del Estado<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> Vid. David CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1965, pp. 3-37.

<sup>656</sup> Max RHEINSTEIN, “The Place of Wrong: A Study in the Method of Case Law” en *Tulane Law Review*, vol. 19, 1944, pp. 4-31.

<sup>657</sup> Max RHEINSTEIN, “The Place of Wrong: A Study in the Method of Case Law” en *Tulane Law Review*, vol. 19, 1944, pp. 17-31.

Rheinstein consideraba que el objetivo de la resolución de un conflicto de leyes consistía en determinar las expectativas de las personas. Esto evitaría considerar al conflicto de leyes como una diferencia entre entidades gubernamentales estadounidenses. Así, Rheinstein insistía sobre la necesidad de proteger las expectativas de los individuos mediante un sistema clasificatorio integrado, no por reglas amplias y complejas como la *lex loci delicti*, sino por unas pocas reglas limitadas que se refieran a conjuntos de hechos o problemas que ocurren entre los individuos, dando como resultado el conflicto de leyes.

El principio esencial de su propuesta se fundamentaba en aminorar la duda que afectaba a los estadounidenses y a las personas de cualquier nacionalidad residentes en Estados Unidos a causa de la diversidad jurídica que imperaba en los tribunales federales, así como la aplicación de principios tan complejos como el *lex loci delicti*, o bien el principio *forum non conveniens*, e incluso la ATCA de 1789. Para Rheinstein estas disposiciones, si bien se encontraban incorporadas en el Código Civil de Estados Unidos, no respondían de fondo a la realidad de una sociedad tan heterogénea, multicultural y dinámica como la estadounidense ni a la propia comunidad internacional.

Señalaba el jurista que dicha diversidad jurídica aumenta la incertidumbre frente a un conflicto, y propone, por tanto, dar énfasis a las llamadas expectativas legítimas del individuo. Estas son consideradas, también, como las aspiraciones que tienen los seres humanos para que los problemas jurídicos se resuelvan utilizando las reglas del sentido común, es decir, que los intereses y bienes de una persona deben permanecer y protegerse en el conflicto de leyes.

Dentro de esta revolución del sistema jurídico estadounidense desde mediados del siglo XX, aparece el estudio de W. Reese<sup>658</sup>, quién proponía en aquella época un sistema estadounidense basado en los siguientes principios: la necesidad e interés del sistema jurídico nacional; el contexto y necesidades del sistema internacional; las políticas importantes del foro; las políticas e intereses de otras jurisdicciones federales; y la

---

<sup>658</sup> Académico de la Universidad de Columbia y autor de importantes obras para el Instituto Americano de Derecho, organización privada y académica dedicada al estudio del *Common Law* en la segunda mitad del siglo XX. Véase por ejemplo su obra *Conflict of Laws*, The Foundation Press, Mineola, 1978.

protección de las expectativas legítimas de los individuos<sup>659</sup>. Otros criterios que dicho autor consideraba complementarios a los antes citados eran: la aplicación de las políticas fundamentales en el campo del derecho en el momento de tratar un asunto; la seguridad, predicción y uniformidad de un resultado determinado; y la simplificación en la implementación de la ley aplicable en un conflicto dado.

En esencia, los principios de Reese indicaban que la ley aplicable tenía que ser en principio la del Estado que tuviera la relación más importante con el caso en cuestión. Por otro lado, Reese proponía el fortalecimiento de la justicia individual. Dependiendo de dichos planteamientos teóricos, debería escogerse la ley aplicable para un conflicto determinado.

Cabe resaltar que, de acuerdo con su método, Reese consideraba que la ATCA representaba un importante avance de la justicia internacional, pero siempre que respondiera estrechamente a las necesidades de los tribunales federales estadounidenses. De esta forma, limitaba los alcances de dicha ley, los cuales, sin embargo, servirían de base para que otros analistas en conflictos de leyes consideraran lo esencial para los intereses del Estado, de tal manera que pudieran seguir fortaleciéndose su legislación y principios. La intención era abrir fuentes a la justicia internacional, sobre todo en aquellas cuestiones relacionadas con posibles violaciones de los Derechos Humanos por parte del Estado, individuos u otras entidades no estatales.

Así, la revolución del sistema judicial de Estados Unidos se convertía en el centro de importantes debates doctrinales para dar una directriz no sólo al Derecho estadounidense, sino en general al *Common Law* durante la década de los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX.

Dentro de este contexto, surge también el método jurídico de Robert Lefflar para mejorar el sistema judicial de Estados Unidos<sup>660</sup>, que considera demasiado flexible porque el juez puede dictar un fallo considerando lo que para él pueden ser las mejores reglas o

---

<sup>659</sup> Willis REESE y Maurice ROSENBERG, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, op. cit., pp. 350-990.

<sup>660</sup> El pensamiento jurídico de Robert LEFLAR puede encontrarse en Luther L. McDOUGAL, Robert L. FELIX y Ralph U. WHITTEN, *American Conflicts Law: Cases and Materials*, LexisNexis, 2004, pp. 25-308.

principios aplicados a un conflicto en cuestión<sup>661</sup>. Entre las reglas propuestas por Leflar se encuentran las siguientes: la predicción de una sentencia que incluya las expectativas legítimas de las partes, empleando para ello el sistema de Reese, y el mantenimiento del orden nacional e internacional.

En este último planteamiento, Leflar consideraba que el orden jurídico imperante en las Relaciones Internacionales es determinante para la posición adoptada por los tribunales federales estadounidenses, principalmente cuando se trata de cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos.

Precisamos que, en la década de los años sesenta y setenta, en plena efervescencia por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario<sup>662</sup>, la política internacional de Estados Unidos, duramente criticada por la guerra en Vietnam, entró en un proceso de distensión con su contraparte la Unión Soviética, lo que permitió que el sistema judicial estadounidense se reajustara a dichos cambios.

En este sentido, se ha señalado que la década de los setenta significó un punto crucial en el proceso del modelo de dominación capitalista. En términos políticos, jurídicos y militares, por primera vez la hegemonía de Estados Unidos comenzó a verse amenazada ante el desarrollo de nuevos actores integrantes del sistema internacional<sup>663</sup>.

Ahora bien, siguiendo el método de Leflar, la simplicidad del juez es otra regla que debería fortalecerse dentro del sistema judicial estadounidense. Dicho de otro modo, la imparcialidad y la objetividad deben anteponerse en cualquier cuestionamiento, así como también la responsabilidad estatal para defender la justicia de los individuos aplicando la mejor regla del Derecho.

Por sus aportaciones al Derecho estadounidense, Leflar fue considerado el autor realista por excelencia, dentro de esta revolución jurídica desarrollada en las importantes Facultades de Derecho de Estados Unidos. Este realismo de Leflar se inclina por la

---

<sup>661</sup> Robert LEFLAR, "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law", *New York University Law Review*, vol.41, 1966, pp. 267-327.

<sup>662</sup> Vid. Ferrán POLO MORRAL, *Hacia un curriculum para una ciudadanía global*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2008, pp. 50-52.

<sup>663</sup> Vid. Marco GANDÁSEGUI, *Crisis de Hegemonía de Estados Unidos*, Siglo XXI, México, 2007, pp. 119-120.

aplicación de un principio jurídico en particular, la doctrina del *stare decisis* o precedente judicial, como la aplicación de la mejor regla del Derecho. Este principio permite que los tribunales federales sigan sus fallos previos, sin que ello impida establecer un nuevo derecho ante posibles situaciones no previstas por el legislador. Según el autor citado, el seguimiento de los precedentes judiciales es lo que permite su tipificación, sobre la base de los principios que teóricamente deben ser considerados por los tribunales federales: la equidad y la justicia.

El método de Leflar planteaba principalmente usar principios y sentencias judiciales para establecer nuevas reglas del conflicto de leyes. Además, dicho sistema buscaba que el juez fuera sincero, y expresara sus preferencias y justificaciones en caso de presentarse un conflicto. De esta manera, Leflar pretendía utilizar sus reglas con la finalidad de enfrentar y comprobar la eficacia de los tribunales.

En un análisis más detallado, Leflar no descartaba del todo los demás principios en el sistema judicial estadounidense, sino que proponía su adaptación a cada realidad concreta. En cuanto a la ATCA, Leflar argumentó en su momento que podía ser aplicada, pero que forzosamente tenía que ser contextualizada coyunturalmente para que pudiera responder a un determinado conflicto de leyes<sup>664</sup>.

Otro destacado jurista de dicha época en esta materia fue James E. Westbrook, quien proponía un sistema selecto por el cual un conflicto se resolviera sin recurrir a reglas formales de jurisdicción territorial ni a ficciones jurídicas, que, como sabemos, en muchas ocasiones son utilizadas para esconder el verdadero rostro del juez y la intencionalidad del tribunal<sup>665</sup>. El método de Westbrook rechaza de forma absoluta la idea de armonía de resultados entre diversas jurisdicciones federales llevada a cabo con la finalidad de seleccionar la ley aplicable para un conflicto en cuestión. En su lugar, Westbrook manifestó su preferencia por utilizar una perspectiva de comprensión rescatando algunas doctrinas en la selección de la ley aplicable, y en particular, el

---

<sup>664</sup> R. LEFLAR, "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law", *New York University Law Review*, vol.41, 1966, pp. 267-327. Era el caso de la demanda interpuesta por la Red de Sobrevivientes de Abuso Sexual por Sacerdotes contra Norberto Rivera, arzobispo de México, y el cardenal Roger Mahony, de la diócesis de Los Ángeles, ante un tribunal californiano. La demanda exige la aplicación del ATCA y los tratados internacionales en la materia. Véase [www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/517423.html](http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/517423.html)

<sup>665</sup> James E. WESTBROOK, "A Survey and Evaluation of Competing Choice-of-Law Methodologies: The Case for Eclecticism", en *Missouri Law Review*, vol. 40, 1975, pp.407-411.

pensamiento de Rheinstein, quien había propuesto aplicar las expectativas legítimas en primer término.

El planteamiento de Westbrook tampoco descartó del todo los principios y las leyes conocidas en el sistema judicial estadounidense; en concreto señaló que el principio *lex loci delicti* y la ATCA debían ser interpretados desde su propio origen, y que reflejaran en su momento una determinada problemática tanto a nivel interno como internacional. Esto haría, según Westbrook, que se justificaran ambos, y, al mismo tiempo, mantuvieran su existencia futura dentro del Código Civil de Estados Unidos, pese a la oposición mostrada por diversos círculos.

Las ideas de Westbrook reflejan las teorías jurídicas más conservadoras en la selección de la ley aplicable, pero de cualquier forma tratan de reformar dicho sistema, de tal forma que fuera abierto, flexible o ajustable a otras formas de pensamiento y doctrinas jurídicas en el país de conflictos de leyes por excelencia, Estados Unidos.

En la historia del sistema judicial estadounidense, dicha flexibilidad, apertura y tolerancia hacia otras metodologías jurídicas marcó el comienzo de un largo camino de reformas, entre otros motivos, debido a que la historiografía política, jurídica y cultural de Estados Unidos en las cuestiones de libertad, derechos humanos y la justicia no siguió un proceso histórico lineal<sup>666</sup>, pues se conjugaron de forma circular valores progresivos y regresivos, adelantos y retrocesos que se manifestaron a partir de las acciones y declaraciones de los sucesivos gobiernos estadounidenses.

El revisionismo del Derecho estadounidense de los años sesenta y setenta del siglo XX influyó para que su sistema judicial comenzara un proceso de mayor activismo en el análisis y comprensión de los principios y normas reguladores del conflicto de leyes, así como en el Derecho Internacional Privado.

De este modo, al finalizar la década de los años ochenta y con el advenimiento de un Nuevo Orden Mundial, tras la desintegración de la Unión Soviética y ante el comienzo de la privatización del ejército estadounidense, los principios y normas que rigen el

---

<sup>666</sup> Marco GANDÁSEGUI, *op. cit.*, p. 111.

Conflicto de Leyes en Estados Unidos, incluida la ATCA, comenzaron a ser estudiados con mayor atención, en particular para examinar el impacto de las ESP/EMSP de reciente creación. En este contexto se pueden ubicar los diferentes análisis relacionados con la ATCA y su aplicación en cuestiones relacionadas con las ESP/EMSP, al ser éstas acusadas por violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.

Esta compleja situación, caracterizada por la falta de operatividad de dicha ley y en general del Derecho estadounidense en esta materia, condujo a rescatar una cuestión que por lo general había sido una preocupación de los juristas estadounidenses en las últimas décadas: el diálogo que debe existir entre la Historia del Derecho y la ciencia jurídica como camino para fortalecer el conocimiento jurídico y la creación de leyes en la historiografía jurídica estadounidense.

La corriente “Historicismo crítico”, de Robert W. Gordon, viene representando una de las propuestas histórico-jurídicas más importantes en el Derecho estadounidense, pues supone el comienzo de una utilización distinta de la historia por parte de los juristas de ese país. El fin consiste en reconstruir el debate existente en torno a su planteamiento teórico, y cómo dicho debate debe entenderse en la amplia historiografía jurídica de ese Estado.

Las ideas de Gordon habían sido publicadas desde los años ochenta por importantes revistas jurídicas de Estados Unidos, entre ellas *The Yale Law Journal*, que publicó diversos análisis suyos acerca de la naturaleza y objetivos del conocimiento jurídico en Estados Unidos; entre ellos se encontraba la novedosa propuesta de Gordon con el título *Historicism in Legal Scholarship*, donde se resaltaba la complejidad de la relación existente entre el historicismo del derecho y la forma tradicional de crear la Ciencia Política en Estados Unidos<sup>667</sup>, especialmente durante el proceso de elaboración de la legislación. No obstante, ambas aproximaciones resultan útiles para entender la racionalización de la complicada realidad jurídica y la justificación de la aplicación de las normas vigentes; en el sistema de Gordon, la Historia venía a introducir una

---

<sup>667</sup> Robert W. GORDON, “Historicism in Legal Scholarship”, en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp. 1017-1056; y véase Emilio LECUONA, “Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n°28, 2006, pp.589-611.

novedosa perspectiva relativizadora de los conceptos jurídicos de la teoría del derecho, y en particular, en la conceptualización de la justicia.

Para Gordon, resultaba imprescindible encontrar una nueva relación armónica entre la historicidad y la ciencia del Derecho, en donde la naturaleza histórica del Derecho tuviera una función de complementariedad dentro de la Ciencia Jurídica con la finalidad de otorgarle un mayor enriquecimiento en su desarrollo. En síntesis, se trataba de establecer una Ciencia Jurídica histórica que asumiera positivamente la historicidad del Derecho, sin importar que con ello se perdiera su enfoque legitimizador y racionalizador.

El “Historicismo crítico” de Gordon se convirtió en poco tiempo en una polémica teoría político-jurídica que reivindicaba una Ciencia Jurídica entendida de forma diferente a lo tradicional, es decir, alejada de una imagen instrumental de la Historia del Derecho<sup>668</sup>. Para otros autores, como Christopher Tomlins, las propuestas de Gordon han supuesto un importante replanteamiento en el estudio jurídico-político en Estados Unidos, que nos conduce a entender mejor la legislación emanada en dicho país, sobre todo la relativa al Derecho Internacional Privado y al principio de jurisdicción universal en la década de los años ochenta<sup>669</sup>.

Sin embargo, para Tomlins todavía queda un tramo importante por recorrer para llegar a la doctrina de Gordon. Es decir, continúa abierto un enconado debate en el seno de la doctrina estadounidense sobre la conveniencia de proporcionar a la Ciencia Jurídica un contenido humanístico o bien mantenerla en un nivel aceptable bajo dicha perspectiva, de tal manera que no influya de forma determinante en el análisis de la historiografía jurídica estadounidense. En general, las ideas de Gordon indicaban que las condiciones de la vida político-social y la evolución histórica no se encontraban determinadas completamente por una evolución uniforme<sup>670</sup>. Ahora bien, aunque el derecho es producto de un enfrentamiento político directo entre los grupos político-sociales, el mismo no se transforma radicalmente debido a que ha adquirido una estructura

---

<sup>668</sup> Véase por ejemplo Robert W. GORDON, “Critical Legal Histories”, *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp.57-125.

<sup>669</sup> Christopher L. TOMLINS, “What is Left of the Law and Society Paradigm after Critique? Revisiting Gordon’s ‘Critical Legal Histories’”, en *Law and Social Inquiry*, vol. 37, nº 1, 2012, pp.155-166.

<sup>670</sup> Robert W. GORDON, “Historicism in Legal Scholarship”, en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp. 1017-1056.



autónoma y no sólo puede ser explicado por factores externos -políticos, económicos o sociales-, sino también como variable independiente. El derecho en general, y en particular el derecho estadounidense, debe ser examinado internamente con la finalidad de descubrir cómo lo jurídico se va retroalimentando o enriqueciendo de los aspectos sociales y políticos.

Ésta es la razón por la cual Gordon consideraba indispensable proporcionar a la Ciencia Jurídica estadounidense un enfoque con carácter humanístico y social que tuviera una utilidad práctica, tanto en la formación de juristas como en la adopción de nuevas leyes en Estados Unidos.

En el Derecho estadounidense aún existe un destacable desconocimiento sobre la utilidad de la Historia del Derecho y su consiguiente impacto en las futuras generaciones de juristas<sup>671</sup>. Sin embargo, no se puede negar que la Historia del Derecho es una asignatura jurídica en la adopción de nuevas legislaciones que, junto a la práctica, puede proporcionar al jurista una perspectiva más global y actualizada de su formación, en calidad de instrumento de trabajo con un enfoque más crítico para la resolución de nuevos problemas jurídicos y sociales<sup>672</sup>.

Por todo lo explicado, y con vistas a los casos judiciales que vamos a ver en los últimos capítulos de este trabajo de investigación, proponemos recordar este sistema de Gordon y difundir en los programas de estudios de Derecho la importancia de la concepción humanística de las leyes en Estados Unidos como un camino hacia la consecución de la justicia, no sólo en cuestiones internas sino también de carácter internacional; sobre todo ahora, que el fenómeno de las ESP/EMSP crece de manera impresionante a escala global con el consiguiente peligro de que, como hemos visto, se rebasen por mucho las normas de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En relación con esto último, entre las últimas propuestas más importantes que se presentaron dentro del sistema jurídico estadounidense ante la grave situación en

---

<sup>671</sup> Samuel J. ASTORINO, "History and Legal Discourse: The Language of the New Legal History", en *Duquesne Law Review*, vol. 23, nº 2, 1985, pp. 263-274.

<sup>672</sup> D.W. RAACK, "Some Reflections on the Role of Legal History in Legal Education", *Duquesne Law Review*, vol. 26, 1988, pp.893-923; y Emilio LECUONA *cit.*, p.598.

Afganistán e Irak a partir de 2003<sup>673</sup>, se incluía la instauración en Estados Unidos de un sistema federal de licencias o permisos para las ESP/EMSP con la finalidad de controlar sus códigos de conducta, así como promover su responsabilidad civil en caso de posibles violaciones del Derecho internacional.

Dicha reglamentación nacional contemplaría también la notificación en virtud de la Ley de Control de Exportación de Armas de Estados Unidos (AECA)<sup>674</sup>. Con ello, se trataría de evitar que las ESP/EMSP pudieran evadir la acción de la justicia nacional e internacional, y de ese modo limitar su participación en conflictos internacionales. Además, dicha reglamentación permitiría que los Estados anfitriones de dichas empresas pudieran supervisarlas y controlarlas en un momento determinado en su propio territorio.

La reglamentación de las ESP/EMSP debería incluir también la facultad de tipificar como delito toda actividad de estas empresas en violación del Derecho internacional, estableciendo una ley parecida a la ATCA de 1789 en todos los Estados sede de ESP/EMSP<sup>675</sup>. Se proponía también reformar varias partes de la legislación estadounidense relacionadas con las actividades de las ESP/EMSP, como el Código Uniforme de Justicia Militar, que si bien regulaba el estatuto de los miembros de las fuerzas armadas, no lo hacía con el personal civil ni los grupos armados privados que acompañan por lo general a esas fuerzas.

En el año 2000, la Ley sobre Jurisdicción Militar Extraterritorial intentó llenar dicha laguna jurídica, permitiendo procesar a las personas civiles “empleadas o que acompañan a las fuerzas armadas” en el extranjero<sup>676</sup>. Sin embargo, tan sólo se aplicaba al personal civil que fuera directamente contratado por el Departamento de Defensa estadounidense (empleados y contratistas suyos), no a aquellos “contratistas militares

---

<sup>673</sup> Vid. Pierre SCHORI, *Los años de la semilla del mal: 11 de septiembre, la Guerra en Irak y el mundo después de Bush*, Icaria editorial, Barcelona, 2008, pp. 19-25.

<sup>674</sup> La *Arms Export Control Act* (AECA) fue promulgada el 30 de junio de 1976 (*Pub.L.*, Título II, 94-329, 90 Stat. 734, codificada en 22 *U.S.C.*, capítulo 39). Vid. Michael R. CZINKOTA, Ikka A. RONKAINEN, *Marketing internacional*, Cengage learning editores, México, 2008, pp.129-135.

<sup>675</sup> Nathaniel STINETTI, *op. cit.*, pp. 221-223.

<sup>676</sup> Military Extraterritorial Jurisdiction Act de 2000 (MEJA), en P.L. 106-523, 114 Stat. 2488 (2000), codificada en 18 *U.S.C.* § 3261-67. Sobre la historia legislativa que llevó a esta ley véase Glenn R. SCHMITT, “Closing the Gap in Criminal Jurisdiction over Civilians Accompanying the Armed Forces Abroad — a First Person Account of the Creation of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000”, en *Catholic University Law Review*, vol. 51, nº 1, 2001, pp.55-134.

privados” que trabajaban para otras agencias o ESP/EMSP, incluyendo a personal de la CIA. Así, por ejemplo, Joseph Perlak, auditor del cuerpo de marines de Estados Unidos, señaló en su momento que la propia Ley sobre Jurisdicción Militar Extraterritorial omitía cómo y cuándo se podía aplicar, existiendo también una gran escasez de respuestas de la doctrina<sup>677</sup>. Asimismo, tampoco señalaba los procedimientos y políticas sobre cómo este nuevo estatuto podría funcionar en las relaciones y negociaciones entre militares y funcionarios del Estado con los “contratistas privados”.

En el plano internacional, la problemática entre las leyes estadounidenses y la regulación internacional radica en que no existen mecanismos de coordinación para un control estricto de armamento. Cabe señalar que, dentro del marco jurídico sobre la normativa internacional relativa al tráfico de armamento no existe una limitación eficaz de licencias, lo que ha permitido que las ESP/EMSP puedan incorporarse al negocio de las armas de fuego en territorio estadounidense sin auténticas limitaciones.

Pero, si ya el proceso de concesión de licencias no es muy claro, la situación se complica cuando los contratos con las ESP/EMSP se conciertan de forma particular entre el Departamento de Defensa y las oficinas del Departamento de Estado. En general el proceso resulta poco transparente y fiable. Finalmente, cuando una EMSP consigue la licencia correspondiente, no se le imponen condiciones específicas de supervisión y seguimiento sobre la ejecución del contrato concedido a dicha empresa. Cuando se trata de ESP/EMSP, son los funcionarios de las embajadas estadounidenses los que en la práctica se encargan de la supervisión, pero ciertamente no tienen la responsabilidad de vigilar todas las actividades que realizan las ESP/EMSP en territorio estadounidense o en otras partes del mundo<sup>678</sup>.

Ahora bien, la vinculación entre Derechos Humanos, privatización de la guerra y seguridad entró en una crisis con la matanza de civiles en el centro de Bagdad el 16 de septiembre de 2007 por parte de fuerzas de seguridad privada de la compañía

---

<sup>677</sup> Joseph R. PERLAK, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for Contractor Personnel”, *Military Law Review*, vol. 169, 2001, pp.92-140; y K. Elizabeth WAITS, “Avoiding the “Legal Bermuda Triangle”: the Military Extraterritorial Jurisdiction Act’s Unprecedented Expansion of U.S. Criminal Jurisdiction over Foreign Nationals”, en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 23, nº 2, 2006, pp.493-542.

<sup>678</sup> Deborah AVANT, “Privatizing Military Training”, *Foreign Policy in Focus*, mayo 2000, disponible en <http://foreignpolicy-infocus.org/briefs/vol5/v5n17mil.html>

Blackwater. Ante la presión de la Comunidad Internacional, y en cierta forma del Congreso estadounidense, Blackwater decidió otorgar una reparación de 15.000 \$ por cada una de las víctimas. Las autoridades iraquíes, por su parte, exigían una indemnización por ocho millones de dólares por cada uno de los asesinados<sup>679</sup>.

En otro incidente, el 9 de octubre de 2007 agentes de seguridad de la empresa *Unity Resources Group* -instalada en Dubai, Emiratos Árabes Unidos-, disparaban y mataban a dos mujeres en un automóvil, debido a que se había aproximado demasiado al convoy que protegían; los “contratistas militares privados” habían disparado sin mediar palabra<sup>680</sup>.

Ante la gravedad de los acontecimientos<sup>681</sup>, el Congreso de Estados Unidos reformó en 2004 la Ley de Jurisdicción Militar Extraterritorial de 2000, para precisar que las EMSP y su personal establecido en Irak y otros lugares se encuentran bajo el alcance normativo de las leyes estadounidenses; asimismo, se incluyó en su ámbito de aplicación a los empleados civiles y contratistas de las diversas agencias federales -de investigación, espionaje y contraespionaje-, y de cualquier “autoridad provisional”, en la medida en que su labor está relacionada con el apoyo a misiones del Departamento de Defensa en el extranjero<sup>682</sup>. Sin embargo, la impunidad ha continuado siendo la característica principal que rodea a las ESP/EMSP. Esto nos conduce a analizar en nuestro siguiente capítulo la demanda de 2007 contra Blackwater ante tribunales estadounidenses.

---

<sup>679</sup> Vid. *Le nouvel observateur*, 23 de junio de 2008, pp.5-7.

<sup>680</sup> Véase el documento A/HRC/7/7/Add.1, de 13 de febrero de 2008, para. 7 y ss.

<sup>681</sup> En 2005 tres militares estadounidenses fueron acusados formalmente de haber asesinado al cámara español José Couso durante la invasión de Irak. Este caso judicial continúa en la Audiencia Nacional española, [www.mklnoticias.cc/cc/2011/04/8-anos-del-asesinato-de-jose-couso.html](http://www.mklnoticias.cc/cc/2011/04/8-anos-del-asesinato-de-jose-couso.html)

<sup>682</sup> 18 U.S.C. § 3267(1)(A), tal y como fue enmendada por la *Ronald W. Reagan National Defense Authorization Act* para el año fiscal 2005, P.L. 108-375 § 1088, 118 Stat. 2066, de 28 de octubre de 2004. Vid. Jennifer K. ELSEA, Moshe SCHWARTZ y Kennon H. NAKAMURA, *Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status, and Other Issues*, CRS Report for Congress, Washington, 25 de agosto de 2008, pp. 23-24, disponible en [www.fas.org/srgp/crs/natsec/RL32419.pdf](http://www.fas.org/srgp/crs/natsec/RL32419.pdf); Glenn R. SCHMITT, “Amending the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Rushing to Close an Unforeseen Loophole”, *Army Lawyer*, junio de 2005, pp.41-47; Coletta YOUNGERS y Eileen ROSIN, *Drogas y democracia en América Latina: el impacto de la política de Estados Unidos*, Biblos, Buenos Aires, 2005, pp. 109-113.

## CAPÍTULO VI

### EL CASO *BLACKWATER* DE 2007 EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

#### INTRODUCCIÓN

El 11 de octubre de 2007 Vicent Warren, director ejecutivo del Centro de Derechos Constitucionales (CCR), presentó una demanda contra la EMSP Blackwater en virtud de la ATCA (Alien Tort Claims Act)<sup>683</sup>, luego de que “contratistas militares privados” afiliados a Blackwater hubieran matado con sus armas de fuego a 17 civiles iraquíes y herido a otras 27 personas en la plaza de Al Nasur en Bagdad<sup>684</sup>. Otros argumentos alegados contra Blackwater sostenían que promovía una cultura de ilegalidad<sup>685</sup> entre sus empleados<sup>686</sup>, impulsándolos a actuar sin importar la vida humana ni los bienes

---

<sup>683</sup> Algunas otras demandas importantes donde se encuentran involucradas EMSP estadounidenses han sido, por ejemplo:

- *United States vs. Passaro*, N. 5:04-CR-211-1, 2004 1431014 (E.D.N.C.), que, en general, trata sobre el caso de un “contratista privado” de la CIA acusado de dos cargos de agresión con armamento peligroso y con la intención de causar daños a su víctima en Afganistán.

- En septiembre de 2004, un tribunal afgano declaró a tres contratistas privados estadounidenses culpables de tortura, detenciones ilegales y controlar una cárcel privada. Vid. Comisión de Derechos Humanos de la ONU, documento E/E.CN. 4/2005/14, de 8 de diciembre de 2004.

- En Irak se presentó el caso *División Taguba*, en donde se acusa a personal de EMSP de maltrato y abusos físicos en la cárcel de Abu Ghraib, en [www.npr.org/iraq/2004/prision\\_abuse\\_report.pdf](http://www.npr.org/iraq/2004/prision_abuse_report.pdf) (Informe Taguba).

- Otro caso fuera de Irak sucedió en Colombia: una mujer adolescente había sido gravemente lesionada y violada por varios sargentos y un contratista, ubicados en la base militar de Tolemaida. Los supuestos culpables habían regresado a territorio estadounidense, quedando el delito en la impunidad. Vid. <http://www3.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu6814.htm>

<sup>684</sup> El grupo de contratistas de Blackwater se encontraban en esa plaza de Bagdad para despejar el camino a un convoy de vehículos del Departamento de Estado norteamericano que llevaba diplomáticos a una reunión. Después de la demanda, Blackwater cambió de nombre a Xe Services, implicado en demandas por corrupción y soborno. Vid. <http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<sup>685</sup> Vid. HUMAN RIGHTS FIRST, *Private Security Contractors at War. Ending the Culture of Impunity*, Nueva York, 2008, pp. 5-15.

<sup>686</sup> Durante los años 2003 y 2004, los “contratistas militares privados” de otras EMSP, entre ellas CACI y Titan Corp, estuvieron implicados en el escándalo de torturas y vejaciones en la prisión de Abu Ghraib, Irak. Vid. Center for Constitutional Rights, en <http://ccrjustice.org/stand-down>

materiales en Irak<sup>687</sup>. Asimismo, en diciembre de 2008 iba a ser la Fiscalía de Estados Unidos la que presentaría cargos criminales contra cinco empleados de Blackwater.

Sin embargo, tales acusaciones iban a ser rechazadas en diciembre de 2009 por el juez federal de primera instancia del Distrito de Columbia (Washington D.C.), Ricardo Urbina, quien desechó los cargos argumentando que los fiscales del caso habían vulnerado los derechos constitucionales de los acusados bajo la Quinta Enmienda de la Constitución<sup>688</sup>.

A partir de esta polémica decisión del *Common Law estadounidense* se ha abierto un espacio de reflexión para replantear sus principios, postulados, fuentes y procedimientos, proceso que cimentará las bases del *Common Law estadounidense* en el siglo XXI<sup>689</sup>, sobre todo cuando un panel de jueces de la Corte federal de Apelaciones competente<sup>690</sup> decidió el 22 de abril de 2011 reabrir los cargos contra los ex militares de Blackwater al encontrar “errores sistemáticos” en la decisión previa del Tribunal de Distrito<sup>691</sup>. En junio de 2011, los acusados presentaron una petición al citado Tribunal de Apelaciones para que revisara la decisión de ese panel, pero el 19 de julio de ese año dicho tribunal rechazó por unanimidad la solicitud de los acusados, a pesar de que la misma se basaba, según sus abogados, en una “cuestión sustancial” sobre si las garantías

---

<sup>687</sup> Por este motivo, creció la importancia del Center for Constitutional Rights (CCR), fundado en 1966 para la promoción y protección de los derechos garantizados por la Constitución de Estados Unidos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los demandantes están representados por Susan L. Burke, William T. O'Neil, Elizabeth M. Burke, y Katherine R. Hawkins, de Burke O'Neil LLC (Filadelfia), Michael Ratner y A. Warren Vicente, del Centro de Derechos Constitucionales (Nueva York), y jerife Hadi Akee, de Akeel and Valentine, PC (Birmingham, Michigan). En especial consultar la demanda en el caso *Bienes de Atban Saed Himoud, et al. vs. Blackwater EE.UU. et al.* ante el Tribunal de Distrito de Columbia, 611 F. Supp. 2d 1 (2009), de 27 de abril de 2009.

<sup>688</sup> Orden judicial (Auto de sobreseimiento) de 31 de diciembre de 2009 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, Criminal Action No 08-0360 (RMU), 677 F.Supp.2d 112, y [http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater\\_USA](http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater_USA)

<sup>689</sup> En 2007, la ex Secretaria de Estado, Condoleezza Rice, admitió que existía un agujero en la legislación estadounidense que permitía a los “contratistas militares privados” escapar de la justicia por delitos cometidos en Irak. <http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<sup>690</sup> El caso judicial es *EE.UU. vs. Slough et al.*, 10-3006, Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Distrito de Columbia. Vid. [www.bloomberg.com/news/2011-04-22/blackwater-guards-iraqi-civilian-death-case-reinstated-by-appeals-court.html](http://www.bloomberg.com/news/2011-04-22/blackwater-guards-iraqi-civilian-death-case-reinstated-by-appeals-court.html)

<sup>691</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones (Columbia) de 22 de abril de 2011 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 641 F.3d 544. Este Tribunal de segunda instancia consideraba que el Tribunal de Distrito erró por ejemplo en la gestión de las pruebas, al excluir totalmente los testimonios de acusados y testigos iraquíes cuando sólo estaban contaminados en alguna parte de su contenido (p.550), al no llevar a cabo un análisis apropiado de las fuentes independientes de relato de los incidentes (p.551), y no evaluar individualmente la presencia, alcance y nocividad de la contaminación de las pruebas de cargo contra cada uno de los acusados (pp.552-553).

constitucionales recogidas en la Quinta Enmienda quedaban vulneradas por la autoincriminación, pues los fiscales habían empleado las declaraciones de los acusados para construir el caso<sup>692</sup>.

El 24 de octubre de ese 2011, los “contratistas militares privados” de Blackwater procesados decidieron llevar su caso al Tribunal Supremo mediante una petición *de certiorari*, solicitud que les fue denegada en junio de 2012, al permitir el máximo órgano judicial del país continuar con el procedimiento judicial<sup>693</sup>.

El 7 de enero de 2012 la EMSP Academi -antes Blackwater- anunció que había llegado a un acuerdo extrajudicial con los familiares de varias de las víctimas, cerrando así el juicio iniciado en 2007 contra la compañía<sup>694</sup>.

#### **VI.A. Las argumentaciones principales de las partes en el caso *Blackwater***

La demanda inicial había sido presentada ante el Tribunal de Distrito de Columbia por el Center for Constitutional Rights en nombre de las familias de tres de los iraquíes muertos (Himoud Saed Atban, Usama Fadhil Abbass y Oday Ismail Ibraheem), que habían perdido la vida durante los hechos ocurridos el 16 de septiembre de 2007 en Bagdad, y de Talib Mutlaq Deewan, gravemente herido en este mismo incidente<sup>695</sup>. Esta demanda no especificaba la cuantía de la reparación que exigía por daños y perjuicios, pero señalaba que la misma debería ser equitativa a la gravedad de los incidentes caracterizados por el desprecio a la vida humana<sup>696</sup>, cuyo monto habría de ser fijado por el jurado correspondiente<sup>697</sup>.

---

<sup>692</sup> *Ibidem*.

<sup>693</sup> Véase la decisión del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2012 en el caso *Paul A. Slough et al. vs. United States*, 132 S.Ct. 2710.

<sup>694</sup> Véase *El Nuevo Herald. El mundo*, “Acuerdo en demanda por masacre en Irak”, de 7 de enero de 2012, en [www.elnuevoherald.com/2012/01/07/1098435/acuerdo-en-demanda-por-masacre.html](http://www.elnuevoherald.com/2012/01/07/1098435/acuerdo-en-demanda-por-masacre.html)

<sup>695</sup> Vid. [http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater\\_Baghdad\\_shootings](http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater_Baghdad_shootings)

<sup>696</sup> Según Wikileaks, entre 2004 y 2009 el Pentágono había registrado 109.000 muertes iraquíes, más de la mitad de las cuales correspondían a civiles. La cadena de televisión Al Jazeera reportó cerca de 1.300 casos de abusos y tortura cometidos por policías y soldados iraquíes, y encubiertos por el ejército estadounidense. Vid. [www.oem.com.mx/oem/notas/n1827829.htm](http://www.oem.com.mx/oem/notas/n1827829.htm)

<sup>697</sup> Vid. Business & Human Rights USA Laws Resource Centre, “Blackwater USA sued for firing on iraqi civilians”.

Susan L. Burke, abogada representante de los demandantes, reclamaba que el fundador de Blackwater, Erik Dean Prince, tenía la obligación de presentar un testimonio fiable sobre los lamentables sucesos de 16 de septiembre de 2007, pues las declaraciones realizadas por Prince carecían de fundamento<sup>698</sup>: éste había asegurado que su personal había actuado de forma apropiada, pues habían sido atacados y devolvieron el fuego en defensa del convoy que protegían<sup>699</sup>.

De acuerdo con las investigaciones iraquíes, la matanza de civiles había sido “premeditada y un asesinato sin sentido” cometido por la EMSP Blackwater. Por esta razón, el gobierno iraquí exigiría a Blackwater el pago de 8 millones de dólares como indemnización para las familias afectadas<sup>700</sup>. De hecho, ya al siguiente día al incidente, el Gobierno iraquí ordenó a dicha empresa dejar de operar en ese país, y en enero de 2009 el Departamento de Estado norteamericano le notificó que no iba a renovar su contrato de seguridad con la compañía.

Durante el transcurso del procedimiento, en diciembre de 2008 los cinco ex militares estadounidenses de la EMSP Blackwater directamente acusados en la demanda se entregaron a un tribunal federal del Estado de Utah. Los acusados acudieron a la capital de ese Estado, Salt Lake City, pues su defensa tenía la idea de que en esta ciudad encontrarían un jurado más complaciente y benévolo que los tribunales de Washington.

Los contratistas ex militares habían sido acusados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, después de que las diversas investigaciones efectuadas (incluida una del FBI) dieran como resultado su responsabilidad en el homicidio doloso e indiscriminado contra civiles producido en el centro de Bagdad<sup>701</sup>. Por su parte,

---

<sup>698</sup> Otras demandas fueron totalmente rechazadas ante la inmunidad otorgada a las EMSP, entre ellas, la demanda a Erik Dean Prince por los hechos sangrientos del 9 de septiembre de 2007 en Bagdad, interpuesta por el CCR en representación de las víctimas iraquíes, ante la Corte para el Distrito Este de Virginia. Consultar el caso CV-00616-JCC-JFA, de 2 de junio de 2009 en <http://ccrjustice.org/files/6.2.09%20Albazzaz%20Complaint.pdf>, y, <http://ccrjustice.org/files/6.2.09%20Abtan%20Complaint.pdf>

<sup>699</sup> Vid. Jeremy SCAHILL, “Minerals, Wikileaks, and Blackwater for sale”, en <http://www.youtube.com/watch?v=1IsPfVBsKs>, de 6 de junio de 2010.

<sup>700</sup> Una fuente extraoficial comentó que 16 familias iraquíes habían aceptado supuestamente 70.000 euros de indemnización para los fallecidos, y entre 14.000 y 35.000 euros para los heridos por parte de Blackwater. Vid. [www.elmundo.es/elmundo/2010/01/10/internacional/1263134370.html](http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/10/internacional/1263134370.html)

<sup>701</sup> Vid. “Blackwater faulted by U.S. military: report”, en [www.reuters.com/article/2007/10/05/us-iraq-contractors-report-idUSN0439965120071005](http://www.reuters.com/article/2007/10/05/us-iraq-contractors-report-idUSN0439965120071005); David JOHNSTON y John M. BRODER, “F.B.I. Says Guards Killed 14 Iraqis Without Cause”, *The New York Times* de 14-11-2007, en [www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html?ex=1352696400&en=4d3e7a7a4](http://www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html?ex=1352696400&en=4d3e7a7a4)



Blackwater sostenía que sus empleados habían disparado en defensa propia<sup>702</sup>, después de haber sido atacados en la plaza de Al Nasur, donde precisamente confluyen las principales avenidas de dicha ciudad<sup>703</sup>.

En el momento del incidente, Al Nasur registraba un aparatoso tráfico de vehículos y peatones; sin embargo, las pruebas presentadas tanto por el gobierno iraquí como por el FBI (auxiliado por una Comisión militar estadounidense) mostraban que los “contratistas militares privados” fueron los únicos que habían disparado contra la multitud sin que existiera motivo alguno para actuar así<sup>704</sup>.

Los acusados -Paul Slough, Donald W. Ball, Dustín Heard, Nick Slattné y Evan Liberty- habían pertenecido al ejército estadounidense antes de emplearse como “contratistas militares privados” para la EMSP Blackwater. Considerando la experiencia de los acusados, la parte demandante (Estados Unidos) no dudó en alegar que los ex militares habían utilizado en el centro de Bagdad la táctica militar llamada “fuego de supresión”, la cual se caracteriza por el uso sorpresivo de ametralladoras y lanzagranadas contra civiles<sup>705</sup>. El Subsecretario de Justicia de Estados Unidos, Patrick Rowan, afirmó que por estos hechos la Fiscalía les imputaba a los contratistas cargos de homicidio voluntario –doloso- (sancionado con diez años de prisión), intento de homicidio (seis años de prisión), y otros cargos por uso de armas de guerra en la comisión de dicha infracción (ocho años de prisión).

Las investigaciones y pruebas presentadas fueron analizadas por el juez federal Ricardo Urbina, del Distrito de Columbia, quien decidió desechar todos los cargos contra los contratistas de la EMSP Blackwater Worlwide. En su Orden judicial de 31 de diciembre de 2009, el juez de distrito argumentó que los fiscales del Departamento de Justicia

---

**[fbc5721&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss&r=0.](http://www.fbc5721&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss&r=0.)** y **[www.publico.es/internacional/181521/se-entregan-los-agentes-de-blackwater-acusados-de-matar-a-17-civiles-en-bagdad](http://www.publico.es/internacional/181521/se-entregan-los-agentes-de-blackwater-acusados-de-matar-a-17-civiles-en-bagdad)**

<sup>702</sup> El principio “en defensa propia” ya había sido debatido tras el incidente ocurrido el 28 de marzo de 2003, cuando un taxista iraquí asesinó a cuatro soldados estadounidenses en la ciudad de Najaf. En esa época, los oficiales de Estados Unidos y de Irak afirmaban que los civiles iraquíes debían ser considerados combatientes hasta que no demostraran lo contrario. Vid. Wesley K. CLARK, *¿Qué ha fallado en Irak?*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 65-68.

<sup>703</sup> Vid. **<http://moqawama.blogia.com/2011/010601-la-masacre-de-la-catedral-de-bagdad.php>**

<sup>704</sup> Ya en octubre de 2005 se había hecho público un video que mostraba cómo unos “contratistas militares privados” de la EMSP Aegis disparaban impunemente a conductores iraquíes en los alrededores de Bagdad.

<sup>705</sup> Véase la entrevista con Erik Prince sobre las actividades de Blackwater en Irak, Charlie ROSE, “Charlie Rose: An Hour with Erik Prince”, *Small Wars Journal*, 19 de octubre de 2007, en **<http://smallwarsjournal.com/blog/2007/10/>**

habían construido el caso de forma inapropiada con base en declaraciones juradas de los acusados que habían sido emitidas bajo la promesa de otorgarles inmunidad<sup>706</sup>.

Asimismo, siguiendo con la decisión de Urbina, las declaraciones de los cinco ex militares de la EMSP Blackwater en el Departamento de Justicia habían sido realizadas bajo coacción: por un lado, bajo la amenaza de que si no cooperaban podían ser despedidos de sus trabajos y, por el otro, habiéndoles asegurado que dichas declaraciones nunca iban a ser usadas en su contra. En opinión del juez Urbina, esa promesa no había sido respetada, desde el momento en que sus declaraciones sí fueron después utilizadas como pruebas en su contra. Por estas razones decidió cerrar el caso, de acuerdo con las garantías judiciales exigibles<sup>707</sup>.

El juez estimó que las explicaciones ofrecidas por los fiscales para intentar justificar su proceder, y persuadir al Tribunal de Distrito de que no habían usado los testimonios forzados de los acusados, se habían caracterizado por resultar demasiado a menudo inverosímiles, carentes de credibilidad y contradictorias<sup>708</sup>. La decisión de Urbina consideraba que el gobierno había utilizado la evidencia probatoria de forma inapropiada para construir el expediente acusatorio. Por su parte, el gobierno iraquí tenía como objetivo que los ex militares se sometieran a juicio en Irak, pero esto lo

---

<sup>706</sup> Orden judicial del Tribunal de Distrito (Columbia) de 31 de diciembre de 2009 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 677 F.Supp.2d 112. Como indicaba el juez Urbina, “The government used te defendants’ compelled statements to guide its charging decisions, to formulate its theory of the case, to develop investigatory leads and, ultimately, to obtain the indictment in this case” (p.115). Como ya hemos indicado, el 22 de abril de 2011 el Tribunal de Apelaciones decidió restablecer los cargos presentados contra los cinco guardias de Blackwater (decisión de la Corte de Apelaciones (Columbia) de 22 de abril de 2011 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 641 F.3d 544). El recurso había sido previamente presentado por el Departamento de Justicia. Y los jueces Douglas Ginsburg, Merrick Garland y Stephen Williams decidieron remitir el caso al juez Ricardo M. Urbina para que continuara con el procedimiento.

Vid. <http://www.minutodigital.com/2011/04/22/un-tribunal-estadounidense-restablece-los-cargos-presentados-contra-cinco-guardias-de-blackwater/>

<sup>707</sup> Orden citada de 31 de diciembre de 2009 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, Criminal Action No 08-0360 (RMU), 677 F.Supp.2d 112, en p.166. Como indicaba el juez Urbina (pp.115, 129-130, y 132 y ss.), eran aquí de aplicación los precedentes judiciales vinculantes de *Garrity* y *Kastigar*: según el primero –sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1967 en el caso *Garrity vs. New Jersey* (385 U.S. 493)- sobre las declaraciones forzadas (*compelled statements*), la garantía de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación prohíbe al Gobierno (el fiscal) utilizar en una subsiguiente imputación penal tales declaraciones obtenidas gracias a amenazas de despido; en virtud del precedente *Kastigar* –sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1972 en el caso *Kastigar vs. United States* (406 U.S. 441)-, es el Gobierno el que debe demostrar, más allá de toda duda razonable, que no usó las declaraciones obtenidas bajo promesa de inmunidad, o que tal uso fue un error inofensivo, y en general que las pruebas de cargo no están contaminadas pues provienen de fuentes legítimas independientes.

<sup>708</sup> Vid. Orden judicial del Tribunal de Distrito (Columbia) de 31 de diciembre de 2009 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 677 F.Supp.2d 112, en pp.115-116.

impedía la inmunidad especial otorgada a los “contratistas militares privados” desde 2004 en territorio iraquí, por lo que la demanda, como hemos visto, fue presentada en Washington<sup>709</sup>.

Sólo uno de los seis iniciales acusados, el “contratista militar privado” Jeremy P. Ridgeway, se había declarado responsable, representando la única vía para volver a retomar el asunto. El Gobierno de Irak aseguró que apelaría la decisión del juez Urbina. Para el Departamento de Estado norteamericano, la decisión del magistrado Urbina significó un momento oportuno para revisar el sistema judicial estadounidense, convertido en el centro de atención de la política internacional en defensa de los Derechos Humanos. Según este Departamento de Estado, había que respetar la independencia de la justicia, pero el fallo del Juez Urbina no exoneraba a los defendidos ni necesariamente terminaba el proceso, pues se revisaría la decisión del magistrado y se evaluarían todas las opciones procesales<sup>710</sup>.

Es así como nos encontramos nuevamente en una etapa de revisión del Derecho estadounidense, que coincide paralelamente con el desarrollo y consolidación de las ESP/EMSP; esto hace indispensable realizar un análisis sobre sus fuentes y procedimientos que nos permita encontrar posibles fórmulas jurídicas orientadas a desatascar casos como los representados por las ESP/EMSP ante el sistema judicial estadounidense y ante el propio Derecho internacional actual. En el presente estudio, se considerarán conjuntamente las doctrinas que sobre el sistema judicial estadounidense hemos analizado en otros espacios de la investigación.

---

<sup>709</sup> Poco después de haberse presentado la demanda contra Blackwater, el 1 de diciembre de 2008 Estados Unidos e Irak firmaron un acuerdo que señalaba que militares y personal civil de Estados Unidos podían ser sancionados en caso de cometer un delito fuera de las instalaciones y las áreas acordadas (las de Estados Unidos). Posteriormente, ambos países negociarían qué se entendería por “crimen grave”. Véanse los artículos 11 y 12 del citado Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas (SOFA) entre ambos Estados, en <http://www.mcclatchydc.com/2008/11/18/56116/unofficial-translation-of-us-iraq.html>.

<sup>710</sup> Según fuentes extraoficiales, las familias de 16 de las 17 víctimas iraquíes de 16 de septiembre de 2007 en Bagdad aceptaron negociar con Blackwater, logrando una indemnización. Las familias de las personas fallecidas aceptaron 100.000 dólares, mientras que los heridos recibirían entre 20.000 y 50.000 dólares. De acuerdo con diversas versiones, la EMSP Blackwater se reunió con los familiares de las víctimas en Estambul en noviembre de 2007, y ahí se logró dicho acuerdo.

## **VI.B. Las fuentes del *Common Law* en el sistema judicial estadounidense**

Para comenzar con el análisis y revisión del Derecho estadounidense es importante recordar sus fuentes principales, pues representan su fundamento jurídico. Partiremos de que la base del Derecho estadounidense proviene del Derecho inglés, ambos pertenecientes al *Common Law*, como hemos señalado<sup>711</sup>.

**La Constitución de los Estados Unidos** es la fuente más importante del Derecho estadounidense, pues se define a sí misma como la máxima “*Law*” de Estados Unidos<sup>712</sup>.

**Las Constituciones de los Estados**, pues cada Estado de la Unión Americana tiene su propia Constitución<sup>713</sup>. En este sentido, es importante señalar que el Derecho estadounidense introduce el concepto de “soberanías múltiples”. Con carácter previo al establecimiento de un gobierno federal nacional, se decidió que las antiguas colonias fundadoras de Estados Unidos conservarían en lo sucesivo ciertos poderes soberanos. Conforme el territorio estadounidense se extendía, principalmente en el transcurso del siglo XIX, esta práctica se fue implementando también a los nuevos Estados, estableciéndose así un sistema de doble soberanía en ese país. La cláusula de supremacía puede ser relacionada con la Décima Enmienda de la Constitución estadounidense. Su artículo VI, secc. 2, declara que la Constitución y todas las leyes y tratados derivados de ella son “la ley suprema del territorio”, que predomina sobre cualquier ley estatal incompatible. No obstante, la Décima Enmienda señala que cualquier poder no delegado al gobierno federal queda a disposición de los Estados y el pueblo<sup>714</sup>. En teoría se puede señalar que el gobierno federal tiene poderes limitados, pues solo puede intervenir en asuntos autorizados por la Constitución. Por tanto, otorga supremacía al gobierno federal en los asuntos donde se encuentra autorizado. Además,

---

<sup>711</sup> El desarrollo del Derecho estadounidense se divide en dos grandes períodos. Al primero se le conoce como la época de la formación, que abarca desde la colonización inglesa hasta el fin de la Guerra de Secesión; y el segundo, del período de la Reconstrucción a nuestros días. Vid. Joan VERGUER GRAU, *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pp. 65-66.

<sup>712</sup> Consultar Artículo VI, párrafo 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América; y por ejemplo José MOYA, *Una empresa llamada Estados Unidos*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1994, pp. 631-651.

<sup>713</sup> Vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU (editores de la versión en español), *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, vol. 1, National Law Center For Inter-American Free Trade-UNAM, México, 1999, pp. 83-114.

<sup>714</sup> Vid. Daniel J. BOORSTIN (comp.), *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 135-137.

cualquier ley o tratado federal válido deja sin efecto cualquier ley del orden estatal que sea inconsistente con ellos.

**Las leyes del Congreso de Estados Unidos** representan una fuente del *Common Law* cuando una declaración llega a convertirse en ley<sup>715</sup>. El concepto de soberanías múltiples otorga primacía al derecho legislado federal. Si el Congreso decide legislar en un área previamente regulada por el Estado, las disposiciones preexistentes se someten a la primacía del derecho federal a medida que se va produciendo alguna controversia. La doctrina de la primacía aplicada en la cláusula del comercio interestatal permite al Congreso establecer su supremacía sobre cualquier ley estatal incompatible<sup>716</sup>. Puede ser también que exista un control federal y uno estatal de carácter complementario. Por otro lado, la mayoría de los abogados fundamentan sus propios escritos utilizando el “*Code Congressional*”<sup>717</sup>.

**Los regímenes estatales y locales** publican sus leyes de forma parecida a cómo se hace en el ámbito federal<sup>718</sup>. La autoridad legislativa local, fundamentada en la Constitución estatal, es aplicada en condados y ciudades. En este contexto, la búsqueda de información sobre ella es complicada y los abogados, por lo general, requieren la asesoría del Condado, o bien del responsable de la biblioteca local.

Otra fuente del *Common Law* tradicional es **el poder judicial**, el cual tiene bajo su autoridad y control todos los procedimientos judiciales. De hecho, el Tribunal Supremo estadounidense posee toda la autoridad para instruir las normas del proceso criminal y civil, obligatorias tanto para Tribunales de Apelación como de Distrito. A efectos de consulta, las reglas federales se dividen en las siguientes materias: reglas federales de

---

<sup>715</sup> Vid. Terry L. JORDAN, *La Constitución de los Estados Unidos e información fascinante al respecto*, Oak Hill Publishing Company, Naperville, 2006, p. 96; y Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, op. cit., pp. 83-114.

<sup>716</sup> Con el objeto de realizar compilaciones de las leyes públicas, el Congreso creó la publicación *United States Code*. Dicha publicación es revisada cada seis años en suplementos anuales. Consultar *United States Code* en [www.law.cornell.edu/uscode/](http://www.law.cornell.edu/uscode/)

<sup>717</sup> *Code Congressional*. Vid. <http://oa.mo.gov/itsd/cio/architecture/domains/information/CC-DM-USCongressCodeTabl.pdf>

<sup>718</sup> La participación de los tribunales estatales en asuntos constitucionales tiene implicaciones inciertas; en este sentido, algunos tribunales estatales han aplicado la Constitución de forma extralimitada, como por ejemplo en la cuestión de la pena de muerte, cuando el Tribunal Supremo de California decidió anularla sin que el Tribunal Supremo de Estados Unidos se pronunciara al respecto. Vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, op. cit., pp. 85-111.

procedimiento de apelación, del proceso civil, de procedimiento criminal, y sobre la prueba. Dichas reglas se ubican en el “*United States Code*”.

## **VI.C. La Doctrina en el *Common Law* estadounidense**

Como fuente del *Common Law*, la doctrina es un método al que se recurre con regularidad para interpretar la ley en el Derecho estadounidense y, en este sentido y como hemos apuntado, la más importante es la doctrina del “*stare decisis*” o precedente judicial, según la cual los asuntos se decidirán considerando el mismo procedimiento de solución en que fueron resueltos con anterioridad<sup>719</sup>.

De acuerdo con el Derecho angloamericano, toda decisión judicial representa un testimonio imperativo de lo que es y deber ser el derecho. Esta disposición que otorga fuerza jurídica a los precedentes judiciales y tiene carácter obligatorio en todos los casos futuros parecidos o similares se conoce como doctrina *stare decisis*. En el *Common Law* dicha doctrina es ley máxima pues, una vez que se conoce la sentencia, se establece un precedente que no se puede cambiar con posterioridad. El *stare decisis* establece que se respeten los precedentes anteriores; cuando en un litigio se presentan cuestiones iguales, el *stare decisis* impone una balanza de equilibrio y fija la regla, de modo que no esté expuesta a una nueva interpretación por el juzgador, porque una vez declarado y definido el derecho en un asunto concreto, lo que antes era incierto y poco conocido se convierte en una norma que no está en la decisión de un juez modificarla o transformarla desde su percepción personal, sino con arreglo a las leyes y costumbres vigentes en el país. Tampoco el juez puede dictar una nueva ley, sino que debe aplicar y defender la ley existente y en vigor: *Jus dicere et non jus dare* (declarar el derecho vigente y no crearlo).

La doctrina *stare decisis* utiliza algunos principios como el “*ratio decidendi*” o la resolución del caso, para así aplicarlos como la regla a seguir en la controversia que ha surgido en alguna cuestión en particular. Por regla general, el lenguaje que contienen los principios representa un argumento legal, pero la “*ratio decidendi*” debe ser contrastada

---

<sup>719</sup> Vid. Eugenio E. URSÚA-COCKE, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.

con los principios jurídicos, los cuales surgen de una serie de decisiones, y esto dará como resultado el argumento legal final.

La doctrina *stare decisis* se aplica a los tribunales de jurisdicción inferior al Tribunal Supremo. Cabe agregar que el Tribunal Supremo podría hacer nulo el análisis de un asunto en cuestión sin considerar el precedente. De esta manera, el Tribunal Supremo sistematiza el precedente mientras que el juez o tribunal inferior aplica estrictamente el *stare decisis*, pero si no lo hace, una nueva ley se vuelve indispensable. Es importante señalar que las decisiones de otras jurisdicciones pueden ser aprovechadas en calidad de precedente como fuente de autoridad.

La aplicación del precedente como fuente del *Common Law* va a depender de la aprobación de los Tribunales. La doctrina *stare decisis* también introduce diversos elementos generalmente entrelazados: la equidad, que exige que los casos semejantes sean tratados de igual forma, y un ejemplo vendría dado por los escritos de los magistrados que se ajustan a los precedentes con base en un criterio previamente establecido; la predictibilidad, que permite a los involucrados evaluar los riesgos y así evitar un nuevo litigio; y la credibilidad, pues la doctrina *stare decisis* permite que los jueces resuelvan casos en forma presencial, lo que conduce a una mayor aceptación de la labor judicial.

En el asunto que nos ocupa, *Blackwater USA vs. Iraqi Civilians*, la doctrina *stare decisis* podría aplicarse si el juez de turno decidiera en un determinado momento hacer una revaloración del caso junto con las pruebas presentadas (independientemente de que las partes puedan decidir optar por otra vía para llegar a un arreglo). En nuestra opinión, la doctrina *stare decisis* obligaría a encauzar la responsabilidad civil de las ESP/EMSP dentro del Derecho estadounidense, disminuyendo la impunidad con la que actúan<sup>720</sup>. El precedente del cual partiría la aplicación de la doctrina *stare decisis* sería el caso *Doe vs. Unocal*<sup>721</sup>, donde, como hemos visto, el Tribunal determinó que la "parte privada" puede estar sujeta a responsabilidad en virtud de la ATCA, por ayudar e incitar ciertas violaciones del Derecho internacional consuetudinario. Más recientemente, en el asunto

---

<sup>720</sup> Esta es una propuesta jurídica realizada con independencia del curso que haya tomado el caso *Blackwater* en los últimos años.

<sup>721</sup> Vid. sentencia del Tribunal de Apelaciones del Circuito Noveno de 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal Corp.*, 395 F. 3d. 932.

*Sarei vs. Rio Tinto*<sup>722</sup>, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó las alegaciones de algunos demandantes contra el demandado, pero sin abordar de fondo y directamente la problemática de la responsabilidad corporativa<sup>723</sup>. En esta tendencia se encuentra también el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito<sup>724</sup>.

Ahora bien, siguiendo las aportaciones de Ana Laura Magaloni y María Ángeles Ahumada, la doctrina *stare decisis* posee dos aplicaciones, horizontal y vertical. En la primera, el *stare decisis* exige al magistrado respetar el precedente de sus decisiones anteriores, mientras que según la segunda los magistrados están vinculados por las decisiones de los tribunales superiores dando lugar a los llamados “precedentes vinculantes” y “precedentes persuasivos”, lo que va a depender de la relación entre los propios tribunales. Pero los jueces no están obligados por las decisiones de los tribunales del mismo nivel ni por tribunales de apelación sin jurisdicción sobre ellos. Los únicos precedentes obligatorios son los del Tribunal Supremo en cuestiones de índole federal<sup>725</sup>.

Por tanto, el control efectivo del “*stare decisis*” se consigue mediante un sistema de recursos. El “*stare decisis*” horizontal dependerá normalmente del propio tribunal, pues existen dos métodos para resolver las discrepancias: o bien establecer el precedente directamente mediante un pleno del Tribunal o bien a través de una comisión *ad hoc* de jueces; de esta manera, se analizará el precedente al cual se vincularán. Sin embargo, el problema principal estriba en precisar qué es lo decidido (“*decisis*”) y su posición de autonomía. Este cuestionamiento parece estar superado cuando se aplica el “*stare*

---

<sup>722</sup> Caso *Sarei vs. Rio Tinto PLC*: sentencia del Tribunal de Apelaciones (Noveno Circuito) de 11 de octubre de 2007, 487 F. 3d 1193; sentencia del Tribunal de Distrito (Distrito Central de California) de 31 de julio de 2009, 650 F. Supp. 2d 1004, en p. 1032; sentencia del Tribunal de Apelaciones (Noveno Circuito) de 25 de octubre de 2011 (WL 5041927). Vid. [www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf](http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/10/25/02-56256.pdf)

<sup>723</sup> Sin embargo, hasta hace relativamente poco, el Tribunal del Distrito Central de California consideraba que las empresas no pueden ser consideradas directamente responsables en virtud de la ATCA por violar el Derecho internacional, señalando que los casos existentes no se habían identificado adecuadamente a ley internacional que rige a las empresas. Véase su sentencia en el caso *Doe vs. Nestlé*, cv-05-5133, con fecha 8 de septiembre de 2010. Esta decisión fue citada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el asunto *Kiobel*.

<sup>724</sup> Vid. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, op.cit., p. 185 y ss., disponible en [www.fidh.org/IMG/pdf/guia\\_empresas\\_seccion-ii.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/guia_empresas_seccion-ii.pdf)

<sup>725</sup> María Ángeles AHUMADA RUIZ, “*Stare decisis* y creación judicial de Derecho (Constitucional). A propósito de *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano* de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, número 67, enero-abril 2003, pp. 351-365, y disponible en [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_067\\_357.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_067_357.pdf)



decisis *constitucional*”, el cual tiene la virtud de tomar cuestiones analizadas en su momento que llegaron a alcanzar una condición de *status* consensuado; ejemplo de lo anterior fue el caso *Brown*<sup>726</sup>.

Por esta razón, “*el stare decisis*” es considerado el principio estructural del sistema de impartición de justicia de Estados Unidos. El “*stare decisis*” se puede observar en la división de funciones de los tribunales<sup>727</sup>: mientras que los tribunales de primera instancia son los primeros encargados de resolver las controversias, los tribunales de apelación son los responsables del mantenimiento y provisión de reglas y criterios vinculantes, y residualmente acometen la corrección de cualesquiera errores judiciales previos.

Por su parte, el “*stare decisis*” vertical no obedece a una ordenación jerárquica de la jurisdicción, pues los tribunales estadounidenses cuentan con mayor libertad y pueden construir un caso, crear derecho. En tanto, los tribunales de apelación se encargan de respetar la jurisprudencia adoptada por los tribunales de primera instancia, así como por el Tribunal Supremo<sup>728</sup>.

En nuestra opinión, el principio “*stare decisis*” vertical podría habilitar a los tribunales para conocer las demandas impuestas a las EMSP, lo que traería como consecuencia un precedente vinculante entre los distintos tribunales, rebasando, por tanto, los alcances del precedente persuasivo que actúa de manera ocasional y obedeciendo a un orden jerárquico.

Esta vinculación daría paso a la construcción de una doctrina dirigida a las ESP/EMSP, lo que facilitaría una posible ordenación de sus complejas actividades siguiendo las propuestas contenidas en el Documento de Montreux de 2008 y en el proyecto de

---

<sup>726</sup> En este célebre caso judicial, el Tribunal Supremo condenó la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1954 en el caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483). Vid. Derrick BELL, “Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma”, *Harvard Law Review*, vol.93 n°3, 1980, pp.518-534; J.H. WILKINSON, *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration 1954-1978*, Oxford University Press, Nueva York, 1979.

<sup>727</sup> Es importante anotar que los tribunales pueden determinar el rol de las *prudential considerations*, es decir, aquellas doctrinas que analizan las consecuencias legales y políticas -tanto a nivel internacional como transnacional- de aplicar jurisdicción en cada caso concreto.

<sup>728</sup> Vid. Richard H. FALLON, *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 5-90.

Convención para la regulación, vigilancia y monitoreo de las empresas militares y de seguridad privadas, presentado por el Grupo de Trabajo sobre Mercenarios de la ONU<sup>729</sup>, a los cuales ya hemos hecho referencia. Se trataría entonces de establecer fórmulas vinculantes para garantizar la responsabilidad civil de las ESP/EMSP, entrelazando activamente el Derecho estadounidense con el Derecho internacional, como el primer paso obligatorio para la regulación de las ESP/EMSP. Por otro lado, se trata de reformular o bien revitalizar el “*stare decisis*”, ahora que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ocupan la atención de la agenda internacional como un solo punto de reflexión. Ahora bien, para Guido Acquaviva y Fausto Pocar, el “*stare decisis*” en el Derecho internacional no se puede aplicar como tal pues la práctica en los tribunales internacionales ha demostrado que se aplica con el fin de garantizar coherencia y previsibilidad a los casos<sup>730</sup>.

También existen otras doctrinas en el *Common Law* que destacan por su importancia, e incluso tienen más aplicación que el “*stare decisis*”: se trata del **formalismo** y del **realismo**, las cuales interpretan de manera muy distinta las reglas legales. En primera instancia, la doctrina formalista construye una jerarquía de fuentes, de acuerdo al orden de importancia en el sistema judicial: la Constitución de Estados Unidos, las leyes federales y los tratados, las regulaciones de las Agencias Federales Administrativas y decisiones del Tribunal Supremo; después seguirían las leyes de cada Estado de la Unión Americana. En segunda instancia, se encuentra el realismo, que es la visión imperante de los creadores del Derecho, lo que se explica de la siguiente forma: si un individuo no está de acuerdo con la forma en que la norma es aplicada en el transcurso de la investigación, tiene la opción de que el asunto pueda ser reconsiderado por los tribunales. En esta interpretación los magistrados dictan lo que la ley significa en un

---

<sup>729</sup> Este proyecto de Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) se encuentra en el informe de 2 de julio de 2010 del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación -doc. A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010 (versión en español), anexo, pp. 20-45-. Véase también Jose L. GÓMEZ DEL PRADO y Margaret MAFFAI, “United Nations Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Rights of People to Self Determination & the Wisconsin International Law Society: Model Law for the Regulation of Private Military and Security Companies”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol.26, nº 4, 2009, pp. 1078-1094.

<sup>730</sup> Vid. Guido ACQUAVIVA y Fausto POCAR, “Stare decisis”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 1 de marzo de 2012.

análisis de fondo, y en ese momento el acusado pierde la posibilidad de recurrir a otra acción legal.

En el realismo estadounidense la interpretación judicial prevalece frente a una decisión política o de otras autoridades públicas, pero en la práctica el grado de realismo en el “*American Law*”<sup>731</sup> depende del lenguaje utilizado: dicho de otro modo, a medida que los magistrados demuestran su capacidad y experiencia, podrán darle un significado concreto al texto constitucional. Algunos realistas más conservadores consideran que los magistrados son sujetos políticos por excelencia. De ahí que su labor interpretativa de la ley se conozca como la “ética preferencial” en el Derecho estadounidense.

Desde la perspectiva de nuestra investigación, el realismo puede convertirse en un catalizador de la responsabilidad civil de las ESP/EMSP, por ejemplo en la demanda que interpusieron los civiles iraquíes contra la EMSP Blackwater, y en particular, aquéllos que se negaron a negociar con la EMSP pueden solicitar que el caso sea revisado o reconsiderado y, por consiguiente, nuevamente interpretado por el juez del distrito de Washington, pues en determinadas circunstancias todo dependerá del lenguaje utilizado por el juez, como señala el *American Law*. Por otra parte, no sólo se trataría de dar respuesta al desafío que representa la regulación de las ESP/EMSP, sino que se daría un impulso a la compleja relación Derecho-Ciencias Sociales-Humanidades, tal como lo establece el realismo en su esencia teórica<sup>732</sup>.

Ahora bien, cada Estado de la Unión Americana, por lo general, tiene su propia jerarquía -respetando al *Common Law* Federal- y, al mismo tiempo, estimando a su propio sistema de *Common Law* como el criterio más importante para resolver sus propios problemas legales. Sin embargo, la conexión de estos niveles con la jerarquía de la fuente del *Common Law* no siempre es directa, pues se complica por la influencia de una serie de circunstancias que también deben tomarse en cuenta al decidir quién es la autoridad competente. De manera general, se puede señalar que, para un formalista, la

---

<sup>731</sup> Véase American Law Institute: [www.ali.org/](http://www.ali.org/). El concepto del “realismo jurídico estadounidense” es analizado por José TRÍAS MONGE, *Teoría de Adjudicación*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, San Juan de Puerto Rico, 2000, pp. 205-207; Mauricio A. PLAZAS VEGA, “El realismo jurídico”, en AA.VV., *Hermenéutica Jurídica. Homenaje al Maestro Darío Echandía*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 167-188; y Oscar DUEÑAS RUIZ, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 13-85.

<sup>732</sup> Paola BERGALLO, “El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 9, n°1, 2008, pp.243-256.

autoridad definitiva viene dada por los criterios determinados por la Constitución de Estados Unidos en su lenguaje y en su estructura. Esto permite que el Congreso imponga que las leyes federales representen una disposición determinada.

En este sentido, en el Derecho estadounidense los tribunales cargan con la responsabilidad de aplicar una decisión autoritaria establecida en las normas o disposiciones legales. Para los formalistas conservadores estadounidenses, las normas legales pueden determinar lo que estas normas en esencia representan, y otros sectores - como Facultades de Derecho, abogados y jueces- también defienden esta posición. Cabe mencionar que la doctrina formalista tiene fuerte influencia principalmente en países como la propia Unión Estadounidense, donde es costumbre la creación judicial del derecho<sup>733</sup>.

Para el jurista David S. Clark, esta característica del Derecho estadounidense radica en la propia formación de Estados Unidos, en donde se puede apreciar la Desconfianza en el Gobierno, la Tolerancia, la Libertad y la Confianza y, en cierta forma, el Optimismo<sup>734</sup>: La Desconfianza en el Gobierno provenía de épocas anteriores a la independencia, razón por la cual, cuando Estados Unidos logra su independencia política, consagra que ninguna persona podía ser privada de la vida, libertad o de sus propiedades sin que tuviera un juicio previo conforme a los principios del *Common Law*; dicho de otro modo, el gobierno, una vez lograda la independencia, debía respetar la propiedad con la idea de que la misma pudiera también conllevar actividades empresariales. Por otro lado, La Libertad, subrayada desde el primer párrafo de la Declaración de Independencia, es un principio básico en la creación de la Unión Americana desde sus comienzos. Por su parte, la Tolerancia se manifiesta como una prioridad dentro de la Constitución estadounidense, al indicar que el Congreso no legislará respecto a la religión, la libertad y la libre expresión de las ideas, ni contra el derecho de reunión, lo que indica tener tolerancia hacia las acciones de la sociedad estadounidense. Por último, se subrayan la Confianza y el Optimismo, ambos unidos en una filosofía donde el mundo es una concesión divina y la Unión Americana constituye el centro de su dominación. En resumen, esta corriente de pensamiento ha perdurado en

---

<sup>733</sup> Frederick G. KEMPIN, *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*, West Group, St. Paul, 1990, pp. 3-70.

<sup>734</sup> D.S. CLARK, *Introduction to the Law of United States*, Deenter, Boston, 1992, pp. 2-5.

la mente de la mayoría del pueblo estadounidense, con algunas variantes como el individualismo de principios del siglo XXI.

Según René David, el Derecho estadounidense, al reproducir el sistema inglés, rescató principalmente pensamientos y costumbres feudales, de tal forma que sus juristas conservan la idea aristotélica de que para la existencia del derecho es indispensable una disposición judicial<sup>735</sup>. Al respecto, Ángel Fernández anota que el Derecho estadounidense es un caso muy particular, pues es un Estado con leyes escritas, pero prevalece el “derecho no escrito”<sup>736</sup>. En este sentido, aún cuando el Congreso adopte una ley, se carece de *Common Law* en tanto no exista una decisión judicial. Esto ocurre con regularidad en el sistema judicial estadounidense, pues cuando un tribunal federal analiza una ley local (estatal), generalmente debe esperar a que los tribunales locales (estatales) dicten una resolución judicial para conocer sus efectos. En términos generales, mientras no se dicte una resolución de ese tipo, y aún cuando el Congreso haya emitido la ley, es imposible comprender su alcance real sin la decisión judicial.

En opinión de Oscar Rabasa<sup>737</sup>, existen varios principios que dan forma al sistema anglosajón de jurisprudencia llamado “derecho-equidad”: 1) El derecho-equidad exige reparación al daño causado. 2) El derecho-equidad se fundamenta en las personas y no en las cosas. 3) El derecho-equidad se centra en la esencia de las cosas y no en la forma. 4) Equidad significa igualdad. 5) El que reclama equidad debe presumir de moralidad. 6) Cuando la equidad favorece a ambas partes prevalece la ley *stricto sensu*. 7) Cuando se produce esa situación, la equidad favorecerá al que llegue primero. 8) Por tanto, la equidad favorece al diligente y no al que se descuida. 9) El derecho-equidad significa seguimiento de la ley<sup>738</sup>.

Por su parte, otros autores han señalado que el constitucionalismo estadounidense se basa en el fortalecimiento continuo y dinámico de sistema federalista. Esto se puede

---

<sup>735</sup> Las ideas de René David sobre el Derecho estadounidense son analizadas en David CIENFUEGOS SALGADO, *La función judicial*, Porrúa, México, 2008, pp. 31-58.

<sup>736</sup> Vid. Ángel FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: Una aproximación al tema*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 59-70.

<sup>737</sup> Sobre las aportaciones de Oscar Rabasa al pensamiento jurídico anglosajón, véase Alonso LUJAMBIO, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, Escuela libre de Derecho-UNAM y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 10- 150.

<sup>738</sup> Oscar RABASA, *El Derecho anglo-americano: estudio expositivo y comparado del Common Law*, op. cit., pp. 238-258.

observar en la sección 8 del artículo 1 de la Constitución de la Unión Americana, en donde se delegan un gran número de poderes a la federación, es decir, se le otorgan amplios poderes explícitos<sup>739</sup>.

Por el contrario, los poderes delegados a los Estados serían aquéllos derivados del *Common Law*, como la potestad de regular el comercio intraestatal, la sanidad, la seguridad con la creación de fuerzas para mantener el orden interno, poder de propiedad y el poder de dominio eminente<sup>740</sup>. Asimismo, los poderes no delegados por la Constitución a la Federación ni prohibidos a los Estados, se encuentran reservados a los Estados o al pueblo –Enmienda X-.

Los poderes excluidos de los Estados son los señalados en la sección décima del artículo 1, y más adelante se precisó que ningún Estado puede quitar la vida, la libertad y la propiedad a persona alguna, sin el debido proceso legal –Enmienda XIV-. Asimismo, los Estados no pueden aprobar decretos por los que se castigue a personas sin juicio previo ante los tribunales, aplicar impuestos sobre artículos sin el consentimiento del Congreso, ni emitir leyes con efecto retroactivo –art.1, sección décima-.

Es importante señalar que también existen poderes compartidos entre las autoridades federales y estatales: sólo aquellos en donde predomina la “*federal preemption*” podrían ser considerados del ejercicio prioritario del poder federal, pero los poderes restantes pueden ser ejercidos por la autoridad local, si bien recordando que no pueden impedir el ejercicio de la autoridad central<sup>741</sup>. Se pueden señalar algunos poderes de ejercicio

---

<sup>739</sup> Entre estos poderes otorgados constitucionalmente al Congreso federal se encuentran los siguientes: poder de exigir impuestos, pagar deudas y presupuestar y realizar gastos, la regulación del comercio interno e internacional, acuñación de moneda, la contratación de empréstitos, la declaración de guerra, el establecimiento de pesas y medidas, la formación del ejército, el establecimiento de tribunales –inferiores al Tribunal Supremo-, protección de patentes y derechos, y la emisión de leyes. Vid. Harold KOONTZ y Richard W. GABLE, *El Control Público de la Empresa*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 29-31.

<sup>740</sup> Ángel FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: Una aproximación al tema*, op.cit., pp.58-60.

<sup>741</sup> La base constitucional de la “*Federal preemption*” o *Prioridad Federal* se encuentra en el artículo 6, sección segunda, de la Constitución estadounidense, que reza como sigue: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Sobre esta cuestión y su modulación en la jurisprudencia véanse las siguientes decisiones del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1981 en el caso *Maryland vs. Louisiana*, 451 U.S.

compartido como los siguientes: la facultad de crear instituciones bancarias, regular los procedimientos cuando se presente una quiebra, la regulación de la actividad económica y el poder de exigir impuestos y empréstitos<sup>742</sup>.

Ahora bien, el constitucionalismo estadounidense se refleja en la legislación ordenada y establecida por el pueblo como su ley suprema. Así, cuando una ley del Congreso se encuentra fuera del orden constitucional, el poder judicial tiene el deber de examinarla conforme a los artículos de la Carta Magna<sup>743</sup>. La sección segunda del artículo 6 de la Constitución otorga a los jueces el poder de vigilar el exacto cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Constitución<sup>744</sup>.

La interpretación Constitucional es otra característica esencial dentro del Derecho estadounidense. Tiene como primer antecedente célebre el *caso Marbury vs. Madison*<sup>745</sup> a principios del siglo XIX, y ha sido considerado como el asunto primordial con el que empieza la interpretación constitucional<sup>746</sup>. A partir de este asunto, el Tribunal Supremo estadounidense crearía el Derecho Judicial para interpretar la constitucionalidad de las leyes del Congreso (Esta materia la analizaremos más adelante con el Tribunal Supremo).

El constitucionalismo estadounidense contiene una serie de principios que representan *per se* la doctrina constitucional. En su ya larga existencia, la Constitución no ha sido modificada y, por tanto, el término Enmienda tiene el sentido de aclaración o indicación, no precisamente de reforma. En la Constitución se pueden observar principios republicanos y democráticos, es decir, el pueblo estadounidense es un pueblo de derecho, que busca el establecimiento de la justicia fundamentado en la libertad; por

---

725 (1981); de 15 de diciembre de 2008 en el caso *Altria Group vs. Good*, 555 U.S. 70 (2008), y de 4 de marzo de 2009 en el caso *Wyeth vs. Levine*, 555 U.S. 555 (2009).

<sup>742</sup> Vid. Lucian A. BEBCHUCK, "Federalism and the Corporation: the Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", *Harvard Law Review*, vol. 5, nº7, mayo 1992, pp. 1443-1510.

<sup>743</sup> Vid. James V. CALVI y Susan COLEMAN, *American Law and Legal Systems*, 2ª ed., Prentice-Hall Englewood Cliffs, 1992, pp. 120-124.

<sup>744</sup> Véase también el artículo 3, sección segunda, de la Constitución: "El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad...".

<sup>745</sup> Decisión del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>746</sup> Vid. James V. CALVIN y Susan COLEMAN, *op.cit.*, p. 123.

ello, la Enmienda IX señala de modo general que la Constitución no niega ni desfavorece los poderes que retenga el pueblo<sup>747</sup>.

Los constitucionalistas estadounidenses pueden dividirse de acuerdo con su perspectiva interpretativa. En el primer enfoque se encuentran los constitucionalistas que defienden la interpretación original y teleológica de la constitucionalidad, pues argumentan que los creadores de la Carta Magna tenían una intención y la interpretaron por medio del lenguaje propio de la constitucionalidad. Podemos agregar que, para este grupo, la palabra Constitución tiene dos significados: el filosófico, que se refiere al sentido natural, y el científico, que supone equilibrio de poderes.

Otro segundo grupo es el que acepta una interpretación constitucional moldeable hacia el futuro, es decir, que desea adaptarse a las transformaciones. Este grupo argumenta que la Carta Magna puede seleccionar ciertos principios fundamentales y con ellos comenzar un desarrollo determinado, como por ejemplo, los derechos del hombre expresados en la Constitución y que han sido objeto de una amplia trayectoria dentro del Derecho estadounidense; pero se piensa que esta doctrina es muy limitada, pues de hecho solamente algunos principios podrían ser ampliados.

Sin embargo, en tiempos recientes esta perspectiva doctrinal ha logrado el apoyo de ciertos sectores de la sociedad, que aseguran que la Constitución debe irse adaptando a nuevos pensamientos éticos y morales y, de esta manera, las disposiciones del debido proceso del *Common Law* y la protección de todos los sujetos pueden adecuarse según las necesidades del país. Siguiendo nuestra investigación, esto significa que la Constitución podría ser analizada y debatida frente al fuerte desafío que representan las ESP/EMSP en su regulación, tanto interna como externa. De hecho, las opiniones de diversos círculos de la actual sociedad estadounidense concuerdan en que la Carta Magna debe adecuarse a cada coyuntura histórica.

Por esta razón analicemos algunas ideologías que sustentan el constitucionalismo estadounidense: entre ellas se encuentra la doctrina llamada “separación de poderes”<sup>748</sup>,

---

<sup>747</sup> Vid. Declaración de Independencia de Estados Unidos, párrafo V.

<sup>748</sup> El constitucionalismo estadounidense se fundamenta sobre dos premisas relacionadas con la libertad política: una, que la sociedad es políticamente libre porque se gobierna por sí misma y de forma colectiva;



la cual parte de la concepción aristotélica que considera al mejor gobierno como el que representa un equilibrio de poderes, es decir, el sistema federalista, constituido por dos Cámaras legislativas -una de las cuales representa al pueblo y la otra a los Estados-, y junto a ellas, la figura de un Presidente con la responsabilidad de llevar a cabo una política uniforme, y el Poder judicial, cuya característica principal es su contacto con la sociedad, pues cuida de que los individuos defiendan su libertad y propiedades. En el análisis se puede señalar que, al adoptar la separación de poderes, la Constitución estadounidense no siguió una política sectorial sino práctica, pues se acepta que el Legislativo, además de sus funciones propias, tenga la facultad jurisdiccional de juzgar el compromiso de las altas autoridades, mientras que el Ejecutivo también cuenta en su poder con el veto legislativo.

En cuanto al Poder judicial, éste goza de autonomía, es decir, no necesita de ningún otro organismo para cumplir sus actividades; en otras palabras, dispone de la facultad a nivel legislativo y ejecutivo de organizarse siguiendo su propia filosofía. Así, los creadores de la Carta Magna adoptaron una doctrina de separación de poderes fundada en una estructura cimentada en la libertad de elección<sup>749</sup>.

Los constitucionalistas estadounidenses decidieron que el Poder legislativo fuera elegido territorialmente, pues los integrantes de ambas Cámaras son el producto de un escrutinio de Estados o de regiones. El Poder ejecutivo es elegido universalmente dentro de un sistema de elección indirecta, y conserva el *status* de universalidad al participar todos los sectores de la sociedad. En cuanto al Poder judicial federal, éste es designado por el Ejecutivo con la aprobación del Senado; sin embargo, como se ha señalado, el poder judicial, obtiene la condición de independiente al dictar resoluciones.

Por otra parte, el derecho al debido proceso se encuentra expuesto en la Enmienda Quinta a la Constitución, como un derecho protegido federalmente, y también se encuentra citado en la Enmienda Décimocuarta, como un derecho protegido estatalmente. Por tanto, el debido proceso legal vigila que la totalidad de la sociedad

---

la otra, que la sociedad goza de libertad política porque es gobernada por las leyes. Vid. Félix OVEJERO LUCAS, Roberto GARGARELLA y José Luis MARTÍ, *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2004, pp. 191-192.

<sup>749</sup> Vid. Freddy CANTE, *Libertades individuales y acción colectiva*, Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 50-52.

estadounidense pueda ser protegida en su vida, libertad y derechos con la seguridad de que cualquier violación a los mismos tendrá que ser sancionada como resultado de un proceso donde puedan conocerse las versiones de los afectados<sup>750</sup>. Ahora bien, dentro del derecho al debido proceso, el gobierno sólo intervendrá bajo la condición de proteger los derechos individuales. El curso legal de cada proceso debe ser conforme con los procedimientos y principios previamente establecidos en los sistemas jurisprudenciales destinados a la protección de los derechos privados.

El principio del debido proceso incluye el derecho que tiene el individuo afectado de presentarse ante un tribunal, el cual actúa otorgándole el derecho de defensa antes de privarle de o disminuirle la libertad o la propiedad. El individuo puede ser escuchado con las pruebas y testimonios correspondientes, de tal manera que no se produzca indefensión ni se genere indefinición en sus derechos.

En el sistema judicial estadounidense el derecho al debido proceso no es precisamente una defensa remota de derechos, sino que mantiene la ideología de una defensa constructiva y dinámica. Tal planteamiento queda reflejado en la Quinta Enmienda a la Constitución. En ella se apunta que las decisiones judiciales deben estar fundamentadas en la razón y, en consecuencia, en la protección de las personas aún cuando este derecho sea un tanto irracional, pues es requisito obligatorio el ser escuchado e informado de toda situación que no le resulte favorable<sup>751</sup>.

Además, el poder judicial federal tiene la obligación de defender los derechos en general e ir en contra de las ilegalidades del gobierno federal, en tanto que la Enmienda Décimocuarta resguarda los derechos de las personas de las injusticias de las autoridades locales (estatales). Dicha protección de derechos humanos en ambas jurisdicciones no se limita a los nacionales, sino que también se extiende a los extranjeros.

---

<sup>750</sup> El estudio del debido proceso legal en el Derecho estadounidense se encuentra con mayor detalle en Ryan C. WILLIAMS, "The One and Only Substantive Due Process Clause", en *Yale Law Journal*, vol.120, n°3, 2010, pp.408-512; Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, *op. cit.*, pp. 99-102; y Juan Luis GÓMEZ COLOMER, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, pp. 29-35.

<sup>751</sup> Vid. Peter HAY, *Una introducción al Derecho de los Estados Unidos*, Butterworth, Salem, 1992, pp. 3-45.

El principio del debido proceso tiene dos vías: el debido proceso a nivel procesal, y el debido proceso con carácter sustantivo. El primero analiza el derecho a un procedimiento judicial justo, es decir realizado de acuerdo con las reglas establecidas según el *Common Law*, en tanto que el aspecto sustantivo indica que la valoración del juicio debe ser justa. Así, desde la perspectiva de lo procesal, el magistrado concluye lo que es ilícito. En lo sustantivo, son las opiniones de la Corte las que predominan en el juicio y se refieren principalmente a cuestiones de tipo económico<sup>752</sup>.

En el caso de los derechos aplicables en los Estados que conforman la Unión Americana, se han erigido una serie de doctrinas para aplicar dichos derechos. Una de ellas es la llamada “incorporación total”, la cual señala que el principio al debido proceso contemplaría todos los procedimientos judiciales, y los magistrados de cada Estado estarían obligados a respetarlos.

Otra teoría sería la conocida como “denominación selectiva”, donde el Tribunal Supremo analiza y decide cada caso y en qué circunstancias se puede aplicar sólo en materia federal; por ejemplo, si la Quinta Enmienda menciona que para llevar un asunto penal es indispensable contar con un jurado con un cierto número de integrantes y con diferentes ideologías, la Decimocuarta Enmienda no lo exige para asuntos locales, pues esto va a quedar sujeto al ordenamiento de cada Estado, que ha de vigilar en su caso el cumplimiento de las exigencias federales.

Por último se encuentran quienes defienden la idea de que el principio al debido proceso no se limita a las disposiciones de una Carta de Derechos. Dicho de otro modo, el contenido de la Carta de Derechos quedaría rebasado por el marco protector de las instancias judiciales, pues éste va más allá de la propia Carta de Derechos, aunque tampoco el poder de este marco es ilimitado, puesto que todo dependerá en última instancia de la capacidad de decisión. Respecto a esta última premisa, cabe señalar el caso *Álvarez Machain*, quien en 2004 había presentado una demanda contra su secuestrador, de conformidad con la ATCA. En esta controversia, el Tribunal Supremo, actuando de conformidad con la cláusula del debido proceso -como hemos analizado anteriormente-, ejerció un poder desmedido al imponer una interpretación abierta y poco

---

<sup>752</sup> Vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, *op. cit.*, pp. 99-102.

convencional de la ATCA. Recordemos que, según el Tribunal Supremo, dicha ley tiene una aplicabilidad limitada, pues las condiciones que presente el caso judicial deben ser parecidas o iguales a las del año 1789, fecha de su promulgación. Esto hace indispensable delimitar la interpretación que existe en la relación entre la Carta de Derechos y el poder judicial, pues éste último no ha esclarecido cuáles son sus facultades en determinados conflictos y en la aplicación de disposiciones como la ATCA, la cual sin embargo se ha mantenido en el devenir del tiempo<sup>753</sup>.

En cuanto al origen de la consagración de las libertades individuales en el Derecho anglosajón, hay que recordar que uno de los pensadores modernos que promovió la libertad individual fue el filósofo inglés John Locke, quien escribió en 1689 una Carta sobre tolerancia que enfatizaba la libertad de pensamiento de todos los hombres, sin importar creencias, razas ni condiciones sociales<sup>754</sup>. Años antes, un importante jurista inglés, Edward Coke, ya defendió los derechos e intereses de los burgueses - consagrados desde la ya lejana Carta Magna de Juan Sin Tierra-, y promovió *The Petition of Right*, de 1628, documento del Parlamento inglés que proclamaba los derechos y libertades de los individuos ingleses libres, incluyendo entre otros el derecho de *habeas corpus*<sup>755</sup>. Fue así como el *Common Law* inglés otorgó libertades individuales a este grupo social emergente, aproximando la expansión a todas las personas del concepto de libertades individuales.

Efectivamente, en el *Common law* inglés las libertades individuales se fueron extendiendo a todos los hombres en la medida en que dicho sistema se fue consolidando entre los siglos XVII y XVIII. Dicho de otro modo, el *Common law* dio paso a la

---

<sup>753</sup> Vid. Jorge CICERO FERNANDEZ, *Protección de Extranjeros en los Estados Unidos de América*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, pp. 28-40.

<sup>754</sup> Vid. John LOCKE, *A Letter Concerning Toleration*, Londres, 1689. Su obra *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil (Two Treatises of Government)*, también de 1689, tuvo –en particular el Segundo Tratado– una influencia muy relevante un siglo después en Estados Unidos, como puede verse en su Declaración de Independencia, su Constitución y su modelo de Estado con la separación de poderes. Vid. Mans PUIGARNAU, *Repertorio de Principios Generales de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 3-80; W.M. SPELLMAN, *John Locke*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 1997, pp. 30-150; Graham FAIELLA, *John Locke: Champion of Modern Democracy*, Rosen, Nueva York, 2006, pp. 11-100.

<sup>755</sup> Véase por ejemplo Allen D. BOYER, *Sir Edward Coke and Elizabethan Age*, Stanford University Press, Stanford, 2003, pp. 54-215.

cláusula del debido proceso judicial, extendiendo el concepto de libertades individuales a todos los hombres por igual<sup>756</sup>.

Para los historiadores, el Derecho inglés es el punto de partida de las libertades individuales, y éstas son incluidas en el nacimiento del Derecho estadounidense al adoptar las trece colonias de Norteamérica el Federalismo, lo que implicaba el pleno respeto al derecho del *Common law* y, por tanto, de cada uno de los Estados. De esta manera, las libertades individuales se otorgaban a todos los sectores sociales; es lo que el Derecho estadounidense considera en términos generales como derechos civiles.

En este sentido, el *Common law* estadounidense ha sido muy influyente en el análisis de la política pro-derechos humanos en las sociedades modernas y contemporáneas, mientras que el Derecho inglés se ha destacado en el análisis histórico relacionado con los conceptos de independencia y soberanía<sup>757</sup>.

Considerando lo anterior, el Derecho estadounidense parte de que las libertades individuales y su respectivo desarrollo se presentan a partir de la aplicación de una política dura contra aquéllos que las llegan a amenazar<sup>758</sup>. Dicho de otra forma, el Derecho estadounidense considera que el comportamiento del hombre, desde la perspectiva de la política, tiende a la desobediencia y la violación de las libertades de los demás, y por esta razón está latente el estallido de un conflicto. La única manera de disminuir estos riesgos consistiría en aplicar métodos democráticos en todos los órdenes de la vida<sup>759</sup>.

Recordemos que el Derecho estadounidense contempla una serie de ideas respecto a lo que representan las libertades individuales en la política: en primera instancia, percibe

---

<sup>756</sup> Vid. R.C. van CAENEGEM, *El nacimiento del Common Law Inglés*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998, pp. 10-60.

<sup>757</sup> Ambos conceptos son analizados en Robert A. CARP y Ronald STIDHAM, *Judicial Process in America*, C.O. Press, Nueva York, 1983, pp. 10-30.

<sup>758</sup> Vid. Javier MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho Angloamericano y Derecho Canónico: las Raíces Canónicas de la "Common Law"*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 10-80.

<sup>759</sup> Ante la complejidad que rodea a la Constitución de los Estados Unidos en sus concepciones, algunos la han llamado "comercial federativa" o "régimen semiaristocrático"; otros la han calificado como gobierno congresional o bien como "república imperial"; otros autores la llaman "sistema presidencial" (Barthélem), "modelo americano" (Rabasa), "gobierno de los jueces" (Toinet), o "monarquía disfrazada a la inglesa transpuesta a una república" (Duverger). Vid. Patricio MARCOS, *El Sistema Político de los Estados Unidos de Norteamérica*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1986, p. 26.

las libertades individuales como un proceso que nunca termina, donde se promueve su aplicación a todos los hombres<sup>760</sup>, pues es indispensable encontrar procedimientos de defensa de estos derechos; dichos métodos no sólo deben reflejarse en los procesos de elección, sino también en toda clase de acontecimientos sustentados en aspectos democráticos<sup>761</sup>.

Entre dichos procedimientos tienen preferencia las resoluciones judiciales en defensa de las libertades individuales<sup>762</sup>. Por otro lado, la “Bill of Rights” de 1791 (o *Carta de Derechos de la Constitución Federal de los Estados Unidos*, formada por las diez primeras Enmiendas) señala en su artículo primero la importancia de las libertades individuales como la libertad de creencias, pensamiento y la libertad de asociación, mientras el artículo siguiente está dedicado a la polémica libertad de tener armas y la obligación de respetar la privacidad de las familias frente al uso de las armas (este postulado se tratará más adelante), y el artículo cuatro señala la prohibición de pesquisas y detenciones arbitrarias.

El más importante desde el punto de vista jurídico-procesal es el artículo cinco de dicha Carta de Derechos, que expresa la prohibición de un doble juicio por el mismo delito cometido; además, no permite imponer la declaración contra sí mismo en un juicio penal, y garantiza la debida protección a la vida, libertad y propiedad de conformidad con el debido proceso en el *Common Law*.

En su origen, el Derecho estadounidense examinaba las libertades individuales de conformidad con sus objetivos; y considera a la política como un instrumento de defensa y protección de las libertades individuales (recordando las ideas de Maquiavelo en cuanto a que la política es un arte y una ciencia)<sup>763</sup>. Sin embargo, ahora estos preceptos parecen haberse olvidado con la *US Patriot Act* (la Ley Patriótica), promulgada por el presidente George W. Bush el 26 de octubre de 2001, tras los

---

<sup>760</sup> Vid. Abraham L. VARGAS, *Estudios de Derecho Procesal*, volumen 2, ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999, pp. 526-527.

<sup>761</sup> Vid. Javier MARTÍNEZ TORRÓN, *op.cit.*, pp. 29-80.

<sup>762</sup> El antecedente aquí sería la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, donde se señalan que las libertades individuales tienen que ser defendidas mediante una declaración judicial. Vid. Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 551.

<sup>763</sup> Vid. Louis ALTHUSSER, *Maquiavelo y nosotros*, ediciones Akal, Madrid, 2004, pp. 29-30.

atentados terroristas contra Estados Unidos de 11 de septiembre de 2001. Esta ley ha limitado considerablemente las libertades públicas y civiles en Estados Unidos<sup>764</sup>.

Dicha ley, sustentada en la guerra contra el terrorismo, contiene numerosas provisiones y enmiendas a leyes y disposiciones vigentes. Algunos expertos en Derecho estadounidense y diversas organizaciones de derechos civiles estadounidenses opinan que sus cláusulas son anticonstitucionales<sup>765</sup>, pues representan un grave obstáculo para el desarrollo de las actividades asociativas y las libertades civiles, con la pretendida justificación de preservar la seguridad nacional de Estados Unidos.

No obstante, este nuevo contexto jurídico estadounidense no debe interpretarse como impedimento para exigir responsabilidad civil a las ESP/EMSP, pues éstas podrían ser consideradas actores que actúan como parte de la estrategia de la “guerra contra el terrorismo”. La impunidad que las rodea atenta contra el espíritu de la propia Constitución de Estados Unidos y la democracia universal que promueve en el mundo, así como en el ámbito del Derecho internacional.

Recordemos que los artículos seis y siete de la mencionada Carta de Derechos de 1791 (Enmiendas Sexta y Séptima de la Constitución) apuntan a que las libertades dentro de un proceso criminal deben prevalecer y expresarse ante un jurado, respetando en todo momento el Derecho estadounidense. En esta materia se puede observar la acción conjunta del derecho civil y penal en los dos aspectos, el procesal y el sustantivo.

A este análisis se puede sumar el estudio que se centra en ciertos derechos positivos en el *Common Law* o Derecho anglosajón, considerando tanto al Derecho estadounidense como el Derecho inglés<sup>766</sup>. Tales derechos positivos son los que se relacionan con la educación, sanidad y el derecho a la vivienda, y son llamados los “derechos de la seguridad social”, que ahora con los procesos de privatización y globalización se han

---

<sup>764</sup> Vid. Mariano AGUIRRE, *Tiempos Difíciles: guerra y poder en el escenario internacional*, Centro de Investigación para la Paz, Icaria Editorial, Barcelona, 2003, pp. 95-100.

<sup>765</sup> Véase por ejemplo Alan GRAF, Abogado miembro del Colegio Nacional de Abogados de Estados Unidos en Portland, Oregón, en [www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny\\_11-09-01/legis-EEUU\\_12-11-01.html](http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/legis-EEUU_12-11-01.html)

<sup>766</sup> La configuración del Derecho anglosajón de los siglos XIX y XX es la estructura actual del *Common Law*. Vid. Richard A. COSGROVE, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870-1930*, New York University Press, Nueva York, 1987, pp. 7-78.

abierto cada vez más a la empresa privada, tal y como sucede con el campo de la seguridad privada y la consecuente aparición, desarrollo y consolidación de las ESP/EMSP, cuya base legal no se discute si no más bien su falta de regulación en los Derechos estadounidense e internacional.

#### **VI.D. El Régimen Federal, el Régimen Estatal y el Derecho Internacional**

Ante la presencia de dos jurisdicciones en el *Common Law* estadounidense, van a surgir dos importantes cuestiones: el conflicto interregional, relacionado con la doble ciudadanía de los residentes y ciudadanos estadounidenses, y por otro lado, la consiguiente aplicación internacional que resulta de la existencia de tratados.

De acuerdo con la Enmienda Décimocuarta, sección 1, de la Constitución de Estados Unidos, los individuos nacidos o naturalizados en territorio estadounidense son pertenecientes a esta nación y a la jurisdicción del Estado en que residen<sup>767</sup>. Lo anterior ha dado lugar a la problemática de qué *Common Law* debe aplicarse en un conflicto de leyes o derecho de gentes (conocido como: *ius gentium est quod naturalis ratio inter hominis constituit*). Ahora bien, aquí es necesario rescatar las premisas que sobre el conflicto de leyes hemos señalado; recordemos las siguientes: averiguar primeramente cuál es la jurisdicción o foro competente, en segundo lugar qué medidas judiciales deben aplicarse, y finalmente qué alcances podrían tener ante otras autoridades estatales.

El Derecho Internacional Privado en el Derecho estadounidense se ha desarrollado potencialmente mediante las decisiones judiciales y en función de que cada Estado tiene su *Common Law*<sup>768</sup>. La existencia de ambas jurisdicciones (estatal y federal) ha hecho que las decisiones de los tribunales federales se prorroguen ante la complejidad que

---

<sup>767</sup> En este sentido, la Constitución estadounidense reconoce a las tribus indias como “naciones dependientes interiores”. Vid. Will KYMLICKA, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, editorial Paidós, Barcelona, 2003, p. 119.

<sup>768</sup> En el continente americano el Derecho Internacional Privado y su codificación cuenta con los siguientes antecedentes: la Primera Conferencia Especializada Interamericana en Derecho Internacional Privado, celebrada en Panamá en 1975; una Segunda en Montevideo (Uruguay) en 1979; y la Tercera Conferencia, celebrada en La Paz (Bolivia) en 1984. Vid. UNAM, *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Coordinación de Humanidades-UNAM, México, 1989, pp. 100-257.



envuelve a los problemas entre ciudadanos de diferentes Estados, e incluso con súbditos extranjeros. Por costumbre, las medidas judiciales en territorio estadounidense se han aprobado en la jurisdicción estatal donde se produjo la disputa, salvo algunos casos, como por ejemplo en separaciones conyugales entre personas de distintos países, o bien cuando se elige otra jurisdicción por mutuo consentimiento entre las Partes.

En caso de ejercicio de jurisdicción relacionada con los no residentes se aplica la norma conocida como “el actor en el foro estatal”, de conformidad con el principio del debido proceso del “*Common Law*”, que la Enmienda Décimocuarta de la Constitución estadounidense recoge en su primera sección, indicando en términos generales que ninguna autoridad estatal podrá prohibir de la vida a los individuos, ni tampoco de su libertad o propiedades sin el debido cumplimiento del *Common Law*<sup>769</sup>. Por tanto, el foro que tendrá que aplicarse es el foro estatal del lugar en donde se desarrollaron los hechos, salvo con las excepciones formuladas.

Para hacer eficaz el conflicto de leyes en el *Common Law estadounidense*, sería aconsejable poner en práctica algunas importantes metodologías ya mencionadas, como por ejemplo las ideas de David Cavers, quien ha señalado la importancia de aplicar una regla de procedimiento con carácter resolutivo a un conflicto determinado, en este caso el principio *lex loci delicti*, el cual tendría que regir sin excepción alguna, siendo responsable de dicha aplicación cada tribunal federal, reforzando de esta manera el sistema federal estadounidense. Para ello sería recomendable introducir algunas Enmiendas al artículo III, sección segunda, de la Constitución de Estados Unidos. Dicho artículo originalmente señala que el Poder Judicial reside tanto en la Corte Suprema como en los tribunales inferiores que el Congreso disponga:

“El poder judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros”.

---

<sup>769</sup> Albert P. MELONE y Allan KARNES, *El sistema legal americano: Fundamentos, procesos y normas*, Roxbury, Los Angeles, 2003, pp. 99-120.

La Enmienda consistiría que a los tribunales federales se les asignara la función de vigilar y de reforzar continuamente el sistema judicial estadounidense, aplicando de preferencia el principio *lex loci delicti* en los conflictos presentados. Para el caso que nos ocupa, en caso de producirse una controversia donde estuviera involucrada una ESP/EMSP en territorio estadounidense, el tribunal federal podría vigilar el comportamiento de esa ESP/EMSP y el estricto cumplimiento de la sentencia en cualquier Estado de la Unión Americana.

Dicho procedimiento podría regular por consiguiente la responsabilidad civil de las ESP/EMSP, no sólo en Estados Unidos, sino también a nivel internacional, dependiendo de las características de la demanda presentada. Incluso las víctimas iraquíes que aún se encuentren en espera de justicia o cualquier otra víctima de las EMSP podrían iniciar una demanda considerando el principio *lex loci delicti*, cuya resolución tendría que garantizar la reparación o indemnización con procedimientos más rápidos, transparentes y legales para las víctimas, lo que daría pauta a posibles regulaciones de las actividades militares de las ESP/EMSP. Recordemos que, hasta ahora, la mayoría de los casos donde se encuentran implicadas ESP/EMSP ha acabado en la impunidad total.

Ahora bien, lo anterior nos conduce a analizar otro cuestionamiento relacionado con la problemática: ¿puede el Derecho Federal colocarse con toda su fuerza como una normativa superior a los Derechos de los Estados, de conformidad con los textos legales y en particular con la Enmienda Décima de la Constitución de Estados Unidos? Recordemos que ésta señala:

“Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

Desde esta perspectiva legal, la Constitución estadounidense se limita a enunciar las materias en las que el Congreso tiene competencia. Hay que recordar que entre tales materias, enumeradas en la sección VIII del artículo 1, se encuentran las siguientes: facultades financieras y monetarias; el poder de declarar la guerra; la facultad de establecer pesos y medidas; la potestad de regular correos y caminos de posta; la

facultad de imponer impuestos y gastos, el poder de proteger patentes y derechos de autor; o la potestad de celebrar tratados<sup>770</sup>.

Así, el gobierno federal, al tener poderes tan amplios, los mismos se relacionan con otras facultades, dando como resultado que las relaciones entre las jurisdicciones locales y federales se entremezclen y fortalezcan constantemente, existiendo un área de excedente en favor de los Estados. Dicha competencia residual de los Estados se fundamenta en el principio de que éstos poseen el *Common Law* original, pues en tanto no exista un impedimento federal, las jurisdicciones estatales tienen competencia en las materias necesarias para el buen desempeño del gobierno y en general para la prosperidad del mismo.

Esta compleja situación en el constitucionalismo estadounidense se ha mantenido hasta la actualidad. Dicho de otro modo, aún no se ha podido establecer la existencia de un *Common Law* general federal o Derecho Común Federal. Siguiendo algunas aportaciones de autores como René David<sup>771</sup>, la problemática debería verse desde el caso *Swift vs. Tyson*, de 1842<sup>772</sup>. En este asunto se trataba de establecer si, habiendo circulado una letra de cambio, podían oponerse o no las excepciones generales. En el análisis de fondo, la cuestión principal giraba en si existía o no una causa jurídica en los títulos emitidos por el simple valor. La solución fue considerar que sí existía una causa, de acuerdo al *Common Law* general, es decir, según las doctrinas generales originadas a partir de las leyes escritas de los diversos Estados<sup>773</sup>.

Pero veámos cómo esta resolución judicial sería superada por una nueva decisión judicial, en este caso con ocasión del asunto *Erie Railroad vs. Tompkins* de 1938

---

<sup>770</sup> Véase en este sentido la décima sección del artículo 1 de la Constitución de Estados Unidos.

<sup>771</sup> Vid. René DAVID, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1964, pp. 6-78.

<sup>772</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1842 en el caso *Swift vs. Tyson*, 41 U.S. 1. Vid. <http://supreme.justia.com/us/41/1/case.html>

<sup>773</sup> Vid. René DAVID, *op.cit.*, pp. 79-85. El Tribunal Supremo indicó que el titular de buena fe de un instrumento negociable a título oneroso, sin conocer los hechos anteriores que pudieran afectar a su validez, ostentaría el título sin quedar afectado por tales hechos, y podría recuperarlo, aunque la propia transacción pudiera no tener validez legal; de este modo, apoyaba la decisión del tribunal federal inferior de que una deuda preexistente supone un instrumento negociable a título oneroso. El Tribunal Supremo entendía que la Ley de la Judicatura de 1789 (*Judiciary Act*) no limitaba a los tribunales federales a conocer sólo las demandas individuales planteadas que se fundamentaran en un *Common Law* “propio”, puesto que el *Common Law* no es estrictamente local, y los tribunales pueden buscar la solución a una demanda no solamente en las decisiones judiciales anteriores (los precedentes judiciales) sino también en los principios y doctrinas generales (41 U.S. pp.1-3).

(anteriormente señalado)<sup>774</sup>, en el cual el Tribunal Supremo anuló la jurisprudencia anterior sobre procedimiento civil y sentó las bases de cómo aplican desde entonces los tribunales federales los casos de diversidad de jurisdicciones. Recordemos brevemente los hechos de este asunto, pues han transcurrido más de 70 años: un ciudadano de y residente en Pensilvania, H. Tompkins, resultó herido por un tren de una compañía de Nueva York cuando caminaba al lado de una vía de ferrocarril en Pensilvania, por lo cual formuló una acción de daños, pero ante el Tribunal Federal del Distrito Sur del Estado de Nueva York; el tribunal de distrito mencionado siguió la jurisprudencia federal anterior y aplicó el *Common Law* federal -y no el de Nueva York ni Pensilvania-, y falló en favor del demandante, concediéndole una indemnización por daños y perjuicios; los posteriores recursos llegaron hasta el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo aquí constató que, desde su sentencia en el caso *Swift vs. Tyson*, los demandantes recurrían sistemáticamente al *fórum shopping*, una táctica para demandar ante un tribunal federal y no estatal, y así lograr que se les aplicase el Derecho material que les resultase más conveniente en cada caso<sup>775</sup>. De este modo, “in attempting to promote uniformity of law throughout the United States, the doctrine (judicial derivada de la sentencia del caso *Swift vs. Tyson*) had prevented uniformity in the administration of the law of the state”, lo que acababa provocando discriminaciones injustas en la aplicación judicial del Derecho<sup>776</sup>.

En el caso Tompkins, el Tribunal Supremo intentó en primer lugar aplicar el Derecho de Pensilvania, es decir, su legislación escrita, pero encontró que no existían leyes relacionadas con ese asunto en el Estado de Pensilvania, por lo que decidió aplicar el *Common Law*, es decir, los precedentes judiciales, entendiéndose como *Common Law* la

---

<sup>774</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1938 en el caso *Erie Railroad vs. Tompkins* (304 U.S. 64), 78-1938. Lexis 984.

<sup>775</sup> Como se indicaba, el problema es que, en su sentencia en el caso *Swift vs. Tyson*, el Tribunal Supremo, al intentar interpretar la Ley sobre las Reglas de la Decisión (*Rules of Decision Act*, 28 U.S.C. 1652) - antes sección 34 de la Ley de Judicatura de 1789-, que reza como sigue: “The laws of the several States, except where the Constitution or treaties of the United States or Acts of Congress otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in civil actions in the courts of the United States, in cases where they apply”, interpretó restrictivamente el término “leyes de los diversos Estados”, como si se refiriera solamente a la legislación escrita de los Estados y no a la jurisprudencia (Derecho jurisprudencial) de los tribunales estatales; de este modo, si no existía legislación estatal positiva (escrita) sobre un caso concreto, entonces el tribunal federal era libre de establecer su propio *Common Law*, lo que le permitía *de facto* separarse del Derecho estatal vigente.

<sup>776</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1938 en el caso *Erie Railroad vs. Tompkins*, 304 U.S. 64, en p.75 y ss.

jurisprudencia del Estado de Pensilvania y no un supuesto *Common Law* general. El Tribunal Supremo explicó aquí que, al margen de las materias regidas por la Constitución Federal o las leyes del Congreso, el Derecho aplicable en todos los demás asuntos es el Derecho de cada Estado, en este caso de Pensilvania<sup>777</sup>. En este tipo de asuntos, los tribunales federales debían aplicar todo el Derecho estatal pertinente, ya hubiera sido formulado en una ley escrita o por un tribunal superior estatal en una sentencia.

En términos generales no existe un *Common Law* federal, lo que implica la inexistencia de un *Common Law* general de la Federación. El *Common Law* aplicable es el particular de cada Estado. De esta manera, el desarrollo de las normas de Derecho Internacional Privado en Estados Unidos se fundamenta en la idea de que el *Common Law* aplicable es el de cada gobierno estatal, conforme al principio del debido proceso legal.

Siguiendo nuestro análisis, esto viene siendo aprovechado por las ESP/EMSP para escapar de posibles regulaciones y demandas por responsabilidad civil, lo que explica porque los ex militares de Blackwater decidieron entregarse en un principio a un tribunal del Estado de Utah. Para la defensa jurídica de los presuntos responsables de la matanza de Bagdad en 2007, dicho Estado, al no estar acostumbrado a las reclamaciones internacionales en defensa de los Derechos Humanos, representaba la opción más viable para la aplicación del principio del debido proceso legal, pues garantizaba neutralidad.

De hecho, las fuentes del Derecho estadounidense, al reproducir las categorías del Derecho inglés, se caracterizan por la adopción de decisiones judiciales que construyen su sistema de precedentes y, al mismo tiempo, la ley o acto que se desarrolla como por

---

<sup>777</sup> *Ibidem*, p.78: "Except in matters governed by the Federal Constitution or by acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the state. And whether the law of the state shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law". El juez del Tribunal Supremo Brandies, ponente de esta sentencia del caso *Erie Railroad vs. Tompkins*, sería considerado en los años sesenta y setenta como el "abogado del interés público". Vid. Edwin REKOSH, "¿Quién define el interés público?", Conferencia realizada en la Universidad Europea de Budapest, Hungría, el 22 de noviembre de 2000, en [www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos2/esp/artigo\\_rekosh.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos2/esp/artigo_rekosh.htm)

ejemplo las comisiones administrativas (recordando que el sistema económico de Estados Unidos se basa en la libertad de empresa<sup>778</sup>).

La organización judicial se clasifica en dos categorías<sup>779</sup>:

1) Por un lado, se encuentran los organismos judiciales de carácter federal, previstos en el artículo III de la Constitución Federal, sección primera, que dice:

“Se depositará el Poder Judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán, en periodos fijos, una renumeración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo”.

En el mismo artículo, segunda sección, como hemos señalado, se señala que su competencia se extenderá a todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad (*equity*), que surjan como consecuencia de la Constitución, de la legislación de Estados Unidos y de los tratados celebrados bajo su autoridad.

En esta jurisdicción federal, la primera instancia está constituida por los llamados Tribunales o Cortes de Distrito, que son itinerantes y su competencia está delimitada por un distrito. En cada Estado hay uno o más distritos judiciales, y en cada Distrito existe un Tribunal; así por ejemplo en el Distrito Federal de Columbia existe una Corte de Distrito. La segunda instancia son las Cortes o Tribunales de Apelación o circuito, que son doce distribuidos por zonas geográficas. La tercera instancia es el Tribunal Supremo, que encabeza el Poder Judicial en Estados Unidos y está compuesto por nueve jueces. Sus decisiones suponen precedentes jurisprudenciales obligatorios, vinculantes para todos los demás tribunales estadounidenses, y sus fallos tienen la capacidad de declarar inconstitucionales leyes, ya de la Federación o de los Estados. Al Tribunal Supremo se puede llegar mediante un escrito conocido como orden, dirigida a una Corte de Apelación. Si el escrito es rechazado, el Tribunal Supremo no lo escuchará, pero si es admitido, dicho órgano judicial analizará la cuestión de fondo.

---

<sup>778</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo estadounidense eliminó en el siglo XIX las barreras que impedían la libre circulación de las empresas. Vid. Manuel BALLBÉ y Carlos PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 76.

<sup>779</sup> Oficina de Programas para Jueces y la Oficina Administrativa de los Tribunales de Estados Unidos, *División de los jueces del Título III*, Washington D.C., 2004, pp. 2-62.

2) Por otro lado, se encuentran los organismos judiciales de carácter estatal, de los diversos Estados que integran la Unión Americana. En este contexto, cabe señalar que cada Estado de la Unión Americana tiene su propia organización judicial, y aunque no hay una regla común para todos ellos, sí que existe una primera instancia -corte o tribunal de proceso-, una segunda instancia -representada en una Corte de Apelación-, y una tercera instancia, formada por el Tribunal Supremo del Estado, o corte de casación.

Por lo general, tanto en las jurisdicciones federales como en las estatales existe un tribunal de reclamaciones, en donde se pueden presentar demandas de daños y perjuicios contra el Estado. Asimismo subsisten otros tribunales menores, llamados cortes de condado o tribunales inferiores.

Por otra parte, para entender la organización judicial estadounidense, es conveniente fijarse en varios ejes diversos de análisis, como la selección judicial (federal y estatal); la problemática relativa al cambio de magistrados; y el desempeño de los abogados en Estados Unidos:

1) Referirse a la selección judicial implica hablar de la división de poderes. Para los constitucionalistas estadounidenses, los miembros del Poder Legislativo son elegidos territorialmente mientras que la cabeza del Poder Ejecutivo es elegida por sufragio universal. El Presidente de Estados Unidos (poder ejecutivo) está facultado para nombrar a los magistrados del Tribunal Supremo, con la aprobación del Senado. Dicha competencia presidencial de designar a los integrantes de ese tribunal ha sido ejercida históricamente con el objeto de incorporar en el citado órgano judicial a personalidades de una tendencia más liberal o conservadora, según la línea política que pretendiera ejercer el Presidente.

En general, la elección de jueces es una problemática que ha ido evolucionando en el tiempo, de acuerdo con las necesidades y particularidades de cada Estado. El procedimiento consiste en hacer una selección de los candidatos propuestos por las asociaciones de abogados. En este orden de ideas, algunos Estados de la Unión Americana separan este proceso de criterios políticos.

Otra regla posible ha consistido en elegir a los magistrados de cada circunscripción por medio de una votación popular de los residentes. Dichos métodos no siempre gozan de la simpatía popular, pues se piensa que son contrarios a la independencia judicial y la elección de los jueces, por lo general, se desarrolla dentro de un contexto político. Existe un tercer método, por el que los candidatos son nominados por el gobernador con la aprobación del Senado del Estado o de su Cámara de Representantes.

2) Con respecto a la destitución de los jueces, éstos no pueden ser removidos y pueden continuar con sus funciones mientras demuestren buen comportamiento y cumplimiento de sus funciones. Pueden ser destituidos a través de un juicio de responsabilidad, donde podrían ser acusados de caer en comportamiento tiránico o bien de alguna otra causa grave.

3) Respecto al papel desempeñado por los abogados, éstos actúan conforme a la ley (*act or statute*). Cabe recordar que en el sistema del *Common Law*, la ley tiene como función corregir o confirmar el propio *Common Law*. En este sentido, los abogados estadounidenses exigen la necesidad de una resolución judicial para poder comprender el alcance de la propia ley. Recordemos también que la doctrina de la doble soberanía permite a las autoridades competentes, tanto federales como de cada Estado, iniciar procedimientos penales sucesivos por delitos producidos por el mismo acto<sup>780</sup>.

Particularmente, en Estados Unidos las leyes han adquirido una importancia singular, de acuerdo con las necesidades de protección ecológica y de defensa del consumidor<sup>781</sup>. Otra parte que se considera como fuente relevante del Derecho estadounidense es la denominada “Ley natural”<sup>782</sup>, la cual permite que las personas expresen sus derechos naturales y con ese argumento llega a aceptarse la desobediencia civil; a este respecto, se pone como ejemplo el movimiento antiracista convocado por Martín Luther King,

---

<sup>780</sup> Vid. Jim TITUS, Clinton BECKNER y Silvija A. STRIKIS, “Double Jeopardy”, *Georgetown Law Journal*, vol. 81, 1993, p. 1250 y ss.

<sup>781</sup> Vid. E. RAMÍREZ., “Conservadurismo en el pensamiento jurídico de Richard Posner” en Mónica VERA y Silvia NÚÑEZ (coords.), *Estados Unidos y Canadá ¿Signos Conservadores hacia el Siglo XXI?*, UNAM-Centro de Investigaciones para América del Norte, México, 1999, p.293.

<sup>782</sup> Vid. Roberto RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control constitucional de la reforma de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006, p. 131.



entre otros activistas pro-derechos humanos en la década de los sesenta<sup>783</sup>. De hecho, ante el Tribunal Supremo se invoca la “Ley Natural” para poder así fundamentar los derechos del hombre. Por ello, nos centraremos en dicho organismo judicial para comprender su situación actual dentro del sistema de justicia estadounidense, y de ahí analizar su papel ante el caso iraquí y las ESP/EMSP.

### VI.E. El Tribunal Supremo de Estados Unidos

El Tribunal Supremo de Estados Unidos es la institución jurídica por excelencia<sup>784</sup>, pero también política, pues como hemos visto, las nominaciones las hace el Presidente de la Unión con la aprobación del Senado. Aún más, es una institución muy política, puesto que grupos de interés tienden a presionar al Tribunal para que apruebe, analice y sentencie casos que afectan a la sociedad. Por tanto, resulta ser un organismo saturado de política<sup>785</sup> y, de hecho, la ideología de sus miembros en muchas ocasiones influye determinantemente en las decisiones judiciales del Tribunal.

No obstante su naturaleza política, ésta es una institución de Derecho<sup>786</sup>: sus funciones, incluso, son limitadas si las comparamos con las competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo<sup>787</sup>; su jurisdicción puede actuar de conformidad con la Constitución como juzgado de Primera Instancia, en lo que se conoce como jurisdicción original<sup>788</sup>. De esta manera, el Tribunal Supremo puede conocer algunas disputas entre los distintos Estados de la Unión Americana<sup>789</sup>, así como otras cuestiones como controversias entre un Estado y la Federación, y casos relacionados con el cuerpo diplomático acreditado en el

---

<sup>783</sup> Vid. Howard ZINN, *La otra historia de Estados Unidos: desde 1492 hasta hoy*, Siglo XXI, México, 1999, pp. 156-158.

<sup>784</sup> Vid. Por ejemplo Charles WARREN, *The Supreme Court in United States History: Volume Three: 1856-1918*, Beard Books, Washington, D.C., 1999, pp.322-413.

<sup>785</sup> Vid. Jill E. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, 14ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, pp. 86-109; Lawrence BAUM, *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, pp. 2-35.

<sup>786</sup> No obstante, Patricio Marcos apunta que el sistema político-jurídico estadounidense posee una forma oligárquico-democrática: oligárquica, pues sus poderes constitucionales son parecidos a gran asociación financiera; y democrática, por las formas en que dicha corporación es administrada por la autoridad estatal. Establece un gran sistema clientelista y bipartidista, sus instituciones de *lobbying* o grupos de presión y el *ombudsman*, en representación del poder judicial. Vid. Patricio MARCOS, *op. cit.*, p. 30.

<sup>787</sup> David HEATH, *The Supreme Court of the United States*, Capstone Press, Mankato, 1999, pp. 4-48.

<sup>788</sup> Lawrence BAUM, *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*, *op.cit.*, pp. 10-30.

<sup>789</sup> Vid. Willi Paul ADAMS, *Los Estados Unidos de América*, siglo XXI de España editores, Madrid, 1996, pp. 100-485.

país<sup>790</sup>. El Tribunal Supremo siempre actúa *en banc* (en pleno colegiado): el Presidente del Tribunal y ocho magistrados asociados<sup>791</sup>.

El Tribunal Supremo tiene competencia sobre casos que han sido apelados, lo que incluye las decisiones de los tribunales federales de apelaciones, las decisiones de los tribunales estatales de alto nivel, y las decisiones de los tribunales de distrito<sup>792</sup>.

Además, mediante la aplicación del principio *writ of certiorari* (para cerciorarse), el tribunal superior ordena a un tribunal inferior que le someta en revisión algún procedimiento inconcluso para que la Corte Suprema examine si durante el procedimiento o en la sentencia se ha producido alguna violación de derecho<sup>793</sup>. El Alto Tribunal puede acabar revocando, modificando o bien confirmando la sentencia en cuestión. El mecanismo del *writ of certiorari* refleja la discrecionalidad con la que actúa el Tribunal Supremo.

A la inversa, el método *certification of questions* faculta al tribunal inferior o tribunales federales de segunda instancia (Tribunales de Circuito de Apelación y el Tribunal de Reclamaciones) a someter cualquier asunto de derecho, pero será el Tribunal Superior quien fije las disposiciones legales que habrán de seguirse en la resolución final del procedimiento o de la sentencia, precisamente para que constituyan el fundamento legal de su veredicto final<sup>794</sup>.

Ahora bien, el Presidente del país se encarga de la postulación de los miembros del Tribunal Supremo, y el Senado los confirma por mayoría de votos<sup>795</sup>. Los magistrados son ratificados en sus cargos si observan buen desempeño, por lo que pueden ejercer su cargo de forma indefinida. Recordemos algunas de sus decisiones que han tenido un

---

<sup>790</sup> Vid. Christian LERAT, *La Cour Suprême des États-Unis: pouvoirs et évolution historique*, Press Universitaires de Bordeaux, Burdeos, 1990, pp. 101-105.

<sup>791</sup> Vid. Robert J. McKEEVER, *The United States Supreme Court: a Political and Legal Analysis*, Manchester University Press, Nueva York, 1997, pp. 47-181.

<sup>792</sup> Vid. George H. RUTLAND, *Supreme Court of the United States: a bibliography with indexes*, Nova Science Publishers, Nueva York., 2006, p. 20 y ss.

<sup>793</sup> Vid. Maeva MARCUS “The Earliest Years (1790-1801)”, en Paul FINKELMAN, Charles F. HOBSON, Christopher L. TOMLIS (editor), entre otros autores, *The United States Supreme Court: the Pursuit of Justice*, Houghton Mifflin, Nueva York, 2005, pp. 2-30.

<sup>794</sup> Vid. John R. VILE, *Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*, 15ª edición, Rowman & Littlefield, Lanham, 2010, p. 463 y ss.

<sup>795</sup> Vid. Aurora BOSCH, *Historia de Estados Unidos, 1776-1945*, Editorial Crítica, Barcelona, 2009, pp. 440-444.

gran impacto sobre la sociedad estadounidense, con la finalidad de hacer diversas propuestas para su mejor funcionamiento.

La Ley del Poder Judicial (*Judiciary Act*), de 1789, sentó las bases de su competencia, pero dejó un vacío sobre la revisión judicial; es decir, no quedaba suficientemente claro si el Tribunal Supremo podía invalidar leyes del Congreso o de las legislaturas estatales, o incluso otras cuestiones gubernamentales que no tuvieran relación con la Constitución. Fue en 1803 cuando se pudo observar en la práctica esta problemática en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>796</sup> (mencionado anteriormente).

El asunto se planteó cuando, a unos días de terminar la Presidencia de John Adams, el Congreso aprobó el nombramiento de 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado inmediatamente aceptó los nombramientos y, sin embargo, algunas de las comisiones no llegaron a tiempo a sus signatarios pues el nuevo Secretario de Estado, James Madison -ya durante la administración de Thomas Jefferson-, se negó a entregarlas: entre los así perjudicados se encontraba William Marbury, quien se dirigió al Tribunal Supremo solicitándole que emitiera un escrito de mandato o *writ of mandamus*, con la finalidad de que se le entregara tal comisión para el Condado de Washington, en el Distrito de Columbia.

En su escrito, Marbury demandaba respuesta a las siguientes cuestiones: ¿si el solicitante tenía derecho a la Comisión? En caso afirmativo, ¿qué leyes le amparaban, o bien si las leyes del país proveían de algún remedio?<sup>797</sup> El Tribunal Supremo confirmó que Marbury sí tenía derecho a la citada comisión y también afirmó que, cuando se ven afectados los derechos individuales, se puede recurrir a las leyes del país para ofrecer una solución o alternativa<sup>798</sup>. En el mencionado caso judicial sí se afectaba a derechos del individuo, pues su nombramiento ya estaba certificado. No obstante, sobre el derecho de emitir un *writ of mandamus* por parte del Tribunal Supremo, éste no estaba precisamente garantizado por la Constitución.

---

<sup>796</sup> Vid. sentencia de 24 de febrero de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137); y Gary R. HARTMAN, Roy M. MERSKY y Cindy L. TATE, *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Infobase Publishing, Nueva York, 2004, pp. 461 y ss.

<sup>797</sup> Vid. Juan María BILBAO UBILLOS, Fernando REY MARTÍNEZ y José Miguel VIDAL ZAPATERO, *Lecciones de Derecho comparado I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 97.

<sup>798</sup> Para algunos juristas estadounidenses, el Tribunal Supremo ha sido un baluarte histórico en la defensa de los derechos humanos. Vid. Philippa STRAUM, “El papel de un poder judicial independiente”, en [http://enj.org/portal/biblioteca/principios\\_fundamentales/derecho\\_constitucional/11.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/derecho_constitucional/11.pdf)

De hecho, el Tribunal Supremo reiteró que el Poder Judicial tenía la competencia para decidir qué es el derecho, y en caso de conflicto entre dos leyes, la Corte estaba obligada a decidir cuál debía prevalecer. En caso de tratarse de una ley contraria a la Constitución, el Poder Judicial podía decidir si resolvía el asunto partiendo de la Constitución o de acuerdo con la ley. En ambas situaciones la Constitución debería prevalecer. Podemos decirlo de otra manera, la Carta Magna se encontraba por encima de los tribunales y de la autoridad legislativa<sup>799</sup>.

En términos generales, en el caso *Marbury vs. Madison* el Tribunal Supremo se atribuyó el derecho de decidir si un acto o ley tenían características constitucionales, con la finalidad de hacer valer el derecho individual de los ciudadanos, así como reafirmar la supremacía de la Constitución. De esta forma, el Tribunal reforzó los poderes nacionales frente a los estatales<sup>800</sup>.

De hecho, la primera mitad del siglo XIX supuso para el Tribunal Supremo un período de transición hacia el fortalecimiento de sus estructuras. Por otro lado, a finales de ese siglo XIX el Tribunal trató asuntos relacionados con la actividad económica desarrollada por particulares, mostrando su disconformidad con la excesiva regulación gubernamental<sup>801</sup>.

Con la crisis del capitalismo de 1929, el Tribunal Supremo entró en una etapa de importantes decisiones judiciales, pues no existía concordancia entre la política adoptada por el Presidente y la posición del Tribunal Supremo, claramente contraria a dichas políticas regulatorias del gobierno. En este contexto, la Corte estuvo a punto de ser reformada por primera vez en su historia, con la finalidad de nombrar magistrados que apoyaran al Presidente F.D. Roosevelt.

En la segunda mitad del siglo XX las libertades civiles se convirtieron en la principal preocupación de la Corte, especialmente la protección de los grupos más vulnerables

---

<sup>799</sup> Vid. Gerald GUNTHER y Kathleen SULLIVAN, *Constitutional Law*, 13ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1997.

<sup>800</sup> Vid. Ricardo Alejandro TERRILE, *Supremacía constitucional y control de constitucionalidad*, editorial Juris, Rosario, 2001, pp.419-430; John P. FRANK., “Caso *Marbury vs. Madison*”, 1 Cranch 137, 2L.De. 60 (1803)”, *Cases and Materials on Constitutional Law*, Callaghan & Company, Chicago, 1952; y consultar Caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S.137, 1803), sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1803.

<sup>801</sup> Vid. Jay M. FEINMAN, *Introducción al derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense*, Oxford University Press, México, 2004, pp.10-40.

como los afroamericanos. En este marco, el caso más importante fue el de *Brown vs. Board of Education*<sup>802</sup>, en 1954, en virtud del cual se puso fin a las políticas segregacionistas y racistas de los centros escolares del sur de Estados Unidos. Una de las consecuencias de esta intensa actividad del Tribunal con respecto a las libertades individuales, particularmente en el proceso penal, fue la reducción de la autonomía de los Estados, lo que sería duramente criticado por ciertos sectores de la sociedad.

En los años cincuenta y sesenta del siglo XX, el Tribunal Supremo asumió un rol de activismo judicial, de corte liberal, bajo el liderazgo de su Presidente, Earl Warren. Su posición se caracterizó por aplicar derechos que no estaban precisamente enumerados en la Constitución, con el fin de disminuir las injusticias sociales<sup>803</sup>.

Como respuesta a esta política surgió la corriente originalista, que defendía la interpretación constitucional de 1787. No obstante, esta política por la defensa de los Derechos Humanos tuvo poco impacto en la política exterior de Estados Unidos, pues su gobierno se negó durante años a firmar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (no lo haría hasta 1977, y no se convertiría en Estado Parte hasta 1992).

En los años siguientes, siendo Presidente del Tribunal Supremo Warren Burger, este órgano judicial adoptó una posición más conservadora<sup>804</sup>, lo que no representó un obstáculo para que en esta época el aborto fuera declarado legal en el caso *Roe vs. Made*, de 1973<sup>805</sup>, política que se vería reforzada veinte años después en el asunto *Planned Parenthood of South Eastern Pa. vs. V. Casey*, de 1992<sup>806</sup>.

En este contexto histórico el jurista Max Rheinstein afirmó que, para reformular el sistema judicial estadounidense, se hacía indispensable impulsar el principio de las

---

<sup>802</sup> Sentencia de 17 de mayo de 1954 en el caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483).

<sup>803</sup> En el ámbito de las garantías procesales se encuentran los siguientes casos: *Mapp vs. Ohio*, sentencia de 19 de junio de 1961 (367 U.S. 643), 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d. 1081, 1961. Lexis 812 86 L. Ohio. Abs. 513 y 516; *Gideon vs. Wainwright*, sentencia de 18 de marzo de 1963 (372 U.S. 335) 83 S. Ct. 792, 9 L. Ed. 2d. 799, 5951. Lexis. 1942; y el caso *Miranda vs. Arizona*, sentencia de 13 de junio de 1966 (384 U.S. 436), 86 S.Ct 1602, 16 L. Ed. 2d 694, Lexis 2817, 10 974, ALR3d.

<sup>804</sup> Vid. Earl M. MALTZ, *The Chief Justiceship of Warren Burger, 1969-1986*, University of South Carolina Press, Columbia, 2000, pp. 20-290.

<sup>805</sup> Sentencia de 22 de enero de 1973 en el caso *Roe vs. Made*, 410 U.S. 113, (1973) 93 S. Ct. 705, 35 L.Ed. 2d 147, Lexis 159. Por otra parte, en la década de los ochenta la Corte sufrió muy pocos cambios. En 1986 Ronald Reagan nombró a William Rehnquist para que sucediera a Warren Burger como Presidente de la Corte, quien se caracterizaría por su conservadurismo.

<sup>806</sup> Sentencia de 29 de junio de 1992 en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833), Lexis 4751.

“expectativas legítimas” de los individuos<sup>807</sup>, y no la protección de los poderes o intereses del Estado, pues para Rheinstein la finalidad de resolver el conflicto de leyes partía de instituir las perspectivas de las personas en un juicio<sup>808</sup>.

En un panorama general, a finales del siglo XX para el Tribunal Supremo de Estados Unidos no resultaba primordial ni necesario que sus magistrados se declarasen liberales o conservadores. Sin embargo, a principios del siglo XXI el Tribunal Supremo se ha caracterizado por un espectacular giro hacia la derecha, y gran parte de los principios de la interpretación constitucional han sido marginados por sus integrantes. Bajo la Administración del republicano George W. Bush (2001-2008), la composición del Tribunal Supremo no sufrió cambios importantes, pues sólo se presentó el ingreso y aprobación de Samuel Alito en 2006. Esto se tradujo en un impulso y fortalecimiento del conservadurismo en la interpretación del Derecho estadounidense.

A inicios de la presidencia del demócrata Barak Obama (2009)<sup>809</sup> el Tribunal Supremo tuvo cambios con el ingreso de dos mujeres jueces (Sonia Sotomayor y Elena Kagan), lo que seguramente influirá en las decisiones futuras del Tribunal Supremo. Además, por primera vez en más de 200 años de existencia<sup>810</sup>, el Tribunal Supremo cuenta en su composición con tres mujeres. Recordemos que la primera mujer juez magistrado del Tribunal Supremo fue Sandra O'Connor, designada por Ronald Reagan en 1981.

---

<sup>807</sup> El principio “expectativas legítimas” es analizado en Juan Rafael BRAVO ARTEAGA, *Derecho tributario. Escritos y reflexiones*, Universidad Del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 179-180.

<sup>808</sup> Vid. Max RHEINSTEIN, “The Place of Wrong: A Study in the Method of Case Law”, *op. cit.*, pp. 17-31.

<sup>809</sup> Un análisis sobre el Tribunal Supremo y las decisiones de Obama se encuentran en Albert MEDRÁN “Obama y el Tribunal Supremo”, *La Vanguardia*, 25 de febrero de 2009, en

[http://albertmedran.com/bloc\\_cast/2009/02/25/obama-y-el-trubunal-supremo/](http://albertmedran.com/bloc_cast/2009/02/25/obama-y-el-trubunal-supremo/)

<sup>810</sup> Los magistrados que han integrado el Tribunal Supremo de 1970 hasta la fecha por orden de antigüedad han sido: John Paul Steven, designado por Gerald Ford en 1975, y quien hace poco salió del Tribunal por jubilación; Sandra Day O'Connor, designada en 1981 por la Administración Reagan, fue la primera mujer en integrar la Corte y no se distinguió por ser abiertamente liberal ni conservadora, sino por mantener un punto de equilibrio, y se retiró en 2006; Antonin Scalia ingresó en 1986 bajo la administración de Ronald Reagan, se ha caracterizado por defender el originalismo de la interpretación judicial; Anthony M. Kennedy, de corte republicano; David Hackett Souter, postulado por George Bush, de corte liberal, defensor del “*stare decisis horizontal*” (retirado en 2009). Otros magistrados pertenecientes a la última década del siglo XX son: Clarence Thomas designado también por George Bush en 1991; Ruth Bader Ginsburg, elegida durante la Administración Clinton en 1993, de corte liberal; Stephen G. Breyer, también designado por Clinton, de tendencia liberal, escribió el libro *Active Liberty*; John G. Roberts, Presidente de la Corte, nominado por George W. Bush en 2005, de corte conservador; Samuel A. Alito, nominado por George Bush en 2006; Sonia Sotomayor, de origen puertorriqueño y primera hispana en integrar la Corte, de ideología liberal nombrada por Obama en 2009; y últimamente Elena Kagan, quién sustituyó a John Paul Steven (por jubilación) a partir de agosto de 2010.

La elección de Elena Kagan, considerada como una “centrista moderada”, no tiene experiencia en la judicatura, siendo ésta la principal crítica hecha tanto por magistrados liberales como conservadores. Con el nombramiento de Elena Kagan, Barak Obama, Presidente de Estados Unidos, intentó inyectar fuerza moral al Tribunal Supremo, pues es el encargado de intervenir de modo creciente en asuntos de gran impacto internacional como la defensa de los Derechos Humanos<sup>811</sup>, ahora que se encuentran en medio de un gran desafío por la pujanza de las ESP/EMSP en el sistema jurídico del país y a nivel internacional.

Con respecto a este tipo de empresas, y como señala el Grupo de Trabajo de la ONU en sus memorias de 2008, las ESP/EMSP estadounidenses, para actuar en el extranjero, y en particular, en zonas de conflicto como Irak y Afganistán, utilizan la subcontratación a través de compañías ficticias que carecen en la mayoría de los casos de registro y de obligaciones civiles y judiciales<sup>812</sup>.

Esto representa en sí un impresionante grado de impunidad que no puede ser ignorada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, ni tampoco aquellos tratados bilaterales que ofrecen inmunidad al personal de las ESP/EMSP<sup>813</sup>, como ha sucedido con el gobierno colombiano<sup>814</sup>. Por otra parte, esto significa un gran reto en el seno del Senado estadounidense, en cuanto órgano facultado para aprobar y revisar tratados internacionales.

Es necesario insistir en que la situación es delicada en todos los Estados donde operan las ESP/EMSP, por lo que es fundamental la revisión de los tratados bilaterales que ofrecen inmunidad militar, como el llamado “Plan Colombia”<sup>815</sup>, y en su momento con

---

<sup>811</sup> Vid. Jorge DÍAZ-CARDIEL, *Obama y el liderazgo pragmático*, Profit editorial, Barcelona, 2010, pp. 76-89.

<sup>812</sup> Vid. documento A/HRC/7/7, de 9 de enero de 2008, *cit.*, párrafos 33 y 51.

<sup>813</sup> Desde marzo de 2012 el actual gobierno afgano ha permitido la permanencia de ESP/EMSP en su territorio. Esta política es de gran interés para las ESP/EMSP, pues representa la oportunidad de obtener jugosos contratos con y en Afganistán.

<sup>814</sup> Colombia es un caso muy destacado en el empleo de mercenarios extranjeros y nacionales. Con base en el Plan Colombia, son contratados mercenarios que trabajan en ocasiones en coordinación con militares estadounidenses enviados al amparo de dicho tratado. Vid. Antoine PERRET, *Las compañías militares y de seguridad privada en Colombia ¿Una nueva formav de Mercenarismo?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, disponible en [www.herbogeminis.com/IMG/pdf/Companias-militares-y-de-seguridad-privadas-Colombia-ene-2009.pdf](http://www.herbogeminis.com/IMG/pdf/Companias-militares-y-de-seguridad-privadas-Colombia-ene-2009.pdf)

<sup>815</sup> Colombia ha negociado la inmunidad de los “contratistas militares privados” estadounidenses, y en particular, la inmunidad que se otorga sólo para crímenes cometidos en actos de servicio. Dicho de otro modo, cualquier delito cometido por “contratistas militares privados” en el ejercicio de las funciones comprendidas dentro del Acuerdo, deberá ser juzgado por magistrados estadounidenses, así como

Irak en 2004<sup>816</sup>, pues sin ello no puede haber un avance sustancial en el objetivo de regular las actividades de estas empresas.

En este sentido, recordemos que la principal barrera para exigir responsabilidad penal individual a los efectivos de Blackwater en 2007 estuvo relacionada con la inmunidad militar, pues ésta se impuso sorpresivamente a los fiscales cuando se dio a conocer la sentencia del juez Urbina. Es evidente que para la mayoría de los jueces, fiscales y senadores estadounidenses<sup>817</sup>, la inmunidad otorgada a “contratistas militares privados” significa un hecho excepcional dentro del sistema judicial estadounidense, lo que además conduce irremediabilmente a un vacío jurídico para procesar a esta nueva categoría de personal armado: los “contratistas militares privados”.

Ahora bien, a partir de la experiencia obtenida en el *caso Blackwater*, el Tribunal Supremo podría abrir la pauta para que el gobierno de Estados Unidos demuestre mayor disposición de cooperación en futuros procesos contra “contratistas militares independientes o privados” acusados de graves violaciones del Derecho internacional ante la Corte Penal Internacional<sup>818</sup>, de la cual, recordemos Estados Unidos no es Parte en su Estatuto.

Por lo anterior, en el siguiente capítulo abordaremos el estudio de la interpretación del Derecho estadounidense, y relacionarlo con la sentencia sobre Blackwater de 2007, siendo hasta ahora el único precedente que nos permite profundizar en este nuevo paradigma, pues el desarrollo de las ESP/EMSP es un fenómeno que se fortalece cada vez más y, con ello, los mecanismos que utilizan las ESP/EMSP para ser empleadas

---

aquellos casos que pongan en riesgo la seguridad nacional de Estados Unidos. Fuera de estos casos, todos los demás delitos pueden ser conocidos por los jueces colombianos. Este mecanismo es el equivalente al que se aplica en el SOFA de la OTAN (art. VII) y en el Acuerdo de Estados Unidos con Corea (pp. 2-4).

<sup>816</sup> En Irak los “contratistas privados” de Blackwater habrían firmado declaraciones en las que se establecía que “*Entiendo que ni mis declaraciones ni ninguna información o evidencia obtenida a partir de mis declaraciones podrán ser utilizadas en mi contra en una causa penal*”. Vid. José L. GÓMEZ DEL PRADO, “El grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, *cit*, p.195.

<sup>817</sup> El sistema político estadounidense es analizado, por ejemplo, en Ronald DWORKIN, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, pp. 15-199.

<sup>818</sup> Como por ejemplo, analizar la iniciativa *stop out sourcing act*, que promueven grupos no tan conservadores en el Congreso estadounidense, con el objetivo de disminuir o cancelar las relaciones con las EMSP. Véase [www.bluenc.com/stop-outsourcing-security-act](http://www.bluenc.com/stop-outsourcing-security-act)



tanto por Estados, Organizaciones Internacionales, Organizaciones no Gubernamentales y los particulares, entre otros actores reconocidos de la sociedad internacional<sup>819</sup>.

Reiteramos que la prioridad de las ESP/EMSP consiste en ser contratadas, de preferencia con alguna legislación extranjera de donde puedan obtener ventajas, por lo que es muy difícil determinar cuál es la legislación nacional aplicable y qué tribunales serían los competentes para conocer de los actos delictivos cometidos por los “contratistas militares privados”, o bien de las violaciones de Derechos Humanos relacionadas con actividades de las ESP/EMSP.

---

<sup>819</sup> Vid. Anna LEANDER, “The Market for Force and Public Security: The Destabilizing Consequences of Private Military Companies”, *Journal of Peace Research*, vol. 42, n°5, 2005, 2005, pp. 602-655.



## CAPÍTULO VII

### LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE: EL PROBLEMA CON LAS ESP/EMSP Y SUS DESAFÍOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

#### INTRODUCCIÓN

La interpretación de la Constitución es muy importante pues permite mantener su vigencia y fortaleza, por lo que aquí surge el problema principal que consiste en saber cuál es la mejor interpretación o qué criterios se deben aplicar en el momento de revisar la Constitución.

Una de estas vías es el **originalismo**, una escuela de pensamiento cuya postura considera que la Constitución estadounidense sólo debe ser interpretada partiendo de la intencionalidad de sus creadores. Quien decide interpretar la Carta Magna debe apegarse íntegramente a ella. La otra es la **constructivista**, que le inyecta a la Constitución un enfoque dinámico y evolutivo. Sobre estos postulados descansa el quehacer del constitucionalismo estadounidense, rebasado en mucho por una sociedad civil armada y la presencia cada vez más compleja de las ESP/EMSP. De ahí la dificultad para construir formulas jurídicas que conduzcan hacia la regularización de estas empresas; y aún así proponemos un *plea bargaining* con la tecnología actual, desde la perspectiva del *Common Law* estadounidense y el Derecho internacional.

#### VII.A. El originalismo y el constructivismo en la interpretación estadounidense, y la orden del juez del Distrito de Columbia de 2009 en el caso *Blackwater*

Comencemos señalando que, para Jay M. Feinman<sup>820</sup>, el **originalismo** es la vía de mantener la fidelidad a la Constitución estadounidense y, al mismo tiempo, constituye

---

<sup>820</sup> Vid. Jay M. FEINMAN, *Introducción al derecho de Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 2-45; Oscar RABASA, *El derecho anglo-americano*, op. cit., pp. 123-580; John H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp.1-3; y Manuel

la base de las decisiones constitucionales; sin embargo, esto es criticable, pues no existe un método que ayude a determinar las decisiones de los primeros redactores de la Constitución; es decir, subsiste un dogma rígido en el **originalismo** que impide seleccionar el enfoque a aplicar<sup>821</sup>. El conflicto gira en torno a quién habría que recurrir primero en la interpretación de la Constitución, ¿a los participantes en discusiones y debates en los Congresos, o a los miembros de las legislaturas? Otro problema es que el originalismo no considera el contexto histórico, pese a que la situación en Estados Unidos y en el mundo no son las mismas que cuando se promulgó la Constitución, hace más de 200 años<sup>822</sup>.

En este contexto, el Tribunal Supremo propuso una serie de medidas llamadas *Ashwander rules*, precisadas por el juez del Supremo Louis D. Brandies en el asunto *Ashwander vs .Tennessee Valley Authority*<sup>823</sup>. Se trata de un conjunto de principios para guiar precisamente al Tribunal Supremo, y a *grosso modo* son los siguientes:

- 1) El Tribunal Supremo respetará la constitucionalidad de las leyes;
- 2) El Tribunal Supremo no decidirá sobre cuestiones de naturaleza constitucional, a menos que sea absolutamente necesario para decidir el caso judicial concreto;
- 3) El Tribunal Supremo se abstendrá de establecer una regla de Derecho constitucional más amplia que la exigida por los hechos del caso concreto que está siendo juzgado<sup>824</sup>;
- 4) Si un asunto puede resolverse por más de una norma, es decir si una cuestión constitucional puede convertirse en una cuestión de interpretación legal o ley general, el Tribunal Supremo deberá seguir ésta última opción;

---

Jesús RODRÍGUEZ PUERTO, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 94, enero-abril 1999, pp. 137-176, disponible en [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.htm)

<sup>821</sup> Véase Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 50-80.

<sup>822</sup> Juan Javier del Granado anota que los estudiosos del Derecho constitucional estadounidense no siempre obedecieron a sus preceptos, sino que se vieron influidos por el contexto napoleónico de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Vid. Juan Javier DEL GRANADO, *Controversia de Imperio Legis et Emblemata de Origine Iuris*, Editorial Javeriana, Bogotá, 2003, pp. 4-150.

<sup>823</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1936 en el caso *Ashwander vs .Tennessee Valley Authority* (297 U.S. 288). Véase también Iván MATELLANES, “La interpretación de la Constitución EEUU: Originalistas vs. Evolucionistas. Contexto, consecuencias e importancia”, en *Sárasuati*, 2009, en [www.sarasuati.com/la-interpretacion-de-la-constitucion-eeuu-originalistas-vs-evolucionistas-contexto-consecuencias-y-importancia/](http://www.sarasuati.com/la-interpretacion-de-la-constitucion-eeuu-originalistas-vs-evolucionistas-contexto-consecuencias-y-importancia/)

<sup>824</sup> Vid. Jay M. FEINMAN, *Introducción al derecho de Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 46-80; Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Nueva York, 1992, pp. 30-70; y Lawrence M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, Yale University Press, New Haven, 2002, pp. 20-87.

- 5) El Tribunal Supremo no decidirá sobre la constitucionalidad de una ley sin que antes ésta sea denunciada por un individuo perjudicado por dicha ley;
- 6) Si un hecho del Congreso se pone en duda, el Tribunal Supremo podrá determinar si existe la posibilidad de interpretar la ley de modo que evite controversias.

El juez supremo A. Scalia, principal exponente actual del **originalismo**, defiende la interpretación del texto constitucional como si fuera una simple ley, pues al fin y al cabo es el propio texto lo que tiene que ser cumplido<sup>825</sup>. La Constitución está integrada por un elenco de normas de composición que han sido otorgadas al gobierno por el pueblo, y su propio carácter indica que deben interpretarse con especial rigor. Aún más, el juez supremo A. Scalia considera que el textualismo, o lenguaje del *statute*, es el único criterio fiable que ofrece una interpretación objetiva y razonable<sup>826</sup>.

En este sentido, el juez A. Scalia argumenta que la intención de los creadores de la Constitución consistía en limitar las facultades del gobierno federal, enumerando específicamente las competencias de éste y denegándole otras. Así, el valor de la Constitución sería inexistente si su significado no se encontrara sostenido en lo escrito<sup>827</sup>.

Por esta razón, analistas en derecho comparado como William Burnham, han apuntado que el Derecho estadounidense ha dejado de ser desde hace mucho tiempo un sistema de Derecho consuetudinario para convertirse cotidianamente en un sistema de Derecho positivo, pues en la práctica los casos se deciden por normas o leyes concretas y escritas<sup>828</sup>.

---

<sup>825</sup> Vid. Manuel Jesús RODRÍGUEZ PUERTO, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *op. cit.*, disponible en [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.html](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.html)

<sup>826</sup> Vid. Lawrence M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, *op.cit.*, pp. 20-87.

<sup>827</sup> La interpretación legal de la Constitución estadounidense es analizada en Antonin SCALIA y Amy GUTMANN, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, pp. 80-85; y Johnathan G. O’NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005, p. 1 y ss.

<sup>828</sup> William BURNHAM, *Introduction to the law and the legal system of the United States*, West, Boulder, 1995, citado por Dale Beck FURNISH, “Fuentes del derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp.75-110, disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

El método de los **originalistas** se basa en seguir los siguientes preceptos: la función principal consiste en determinar el significado original del lenguaje cuando la Carta Magna fue redactada; el elemento clave es el texto en sí y su interpretación de conformidad con el significado que habría tenido hacia 1787; si se le pudieran agregar más factores al texto en su interpretación se tomaría como fundamento el propósito, la estructura y la historia; y otra vía de interpretación es la jurisprudencia creada por los propios funcionarios públicos contemporáneos a la validación de la Constitución<sup>829</sup>.

Cabe precisar que el **interpretativismo** es otro modo de denominar a los originalistas en los últimos años: uno de los principales postulados que defiende el interpretativismo es que la Constitución se caracteriza por la claridad en sus preceptos, pues los jueces pueden interpretarla sin necesidad de recurrir a fuentes extraconstitucionales<sup>830</sup>.

Frente a los **originalistas** se encuentran los **constructivistas o evolucionistas**, quienes parten del texto constitucional para desarrollar ciertos principios generales<sup>831</sup>. Con ello se logra actualizar y adecuar la ley al panorama político, económico, social y cultural imperante en el país. Dicho de otro modo, para los constructivistas el texto constitucional no posee un sentido fijo, sino dinámico y abierto a la sociedad, por lo que contiene diversas formas de acción y de activismo judicial<sup>832</sup>. Lo anterior se ve fortalecido con las ideas de Dworkin, quien sostiene que el juez no crea el derecho, sino que lo va descubriendo en la medida que evoluciona o bien lo desarrolla la propia sociedad<sup>833</sup>.

Los constructivistas creen que la Constitución es una fuente de conceptos moldeables utilizados por el gobierno y aplicados a la sociedad. Consideran que la Constitución otorga implícitamente libertad a las generaciones futuras para poder interpretarla siguiendo el propio orden establecido por ella. El **no-interpretativismo** es el otro nombre por el que se conoce la corriente constructivista, cuyo estudio señala la existencia de normativas sin muchos problemas para interpretar su significado. Sin

---

<sup>829</sup> Cfr. Iván MATELLANES, *cit.*, 2009, p.5.

<sup>830</sup> Vid. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, p.197.

<sup>831</sup> Se asegura que la primera versión evolucionista de la Constitución de Estados Unidos y del principio *stare decisis* estuvo a cargo de Daniel H. CHAMBERLAIN, *The Doctrine Stare Decisis. Its Reason and Its Extent*, Universidad de Pensylvania, Philadelphia, 1885.

<sup>832</sup> S.A. BARBER y J.E. FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, pp. 2-40.

<sup>833</sup> Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 177-180.

embargo, subraya que hay formulaciones jurídicas que exigen acudir a fuentes del conocimiento, las cuales rebasan a la propia Constitución; es este el momento en el que aumenta la complejidad para el juez, quien debe interpretar tales formulaciones jurídicas de manera lógica y eficaz. A este método se le ha llamado el activismo judicial<sup>834</sup>, pues el juez obtiene licencia para que, partiendo de su interpretación, alcance una resolución adecuada al problema en análisis<sup>835</sup>. En la cuestión de fondo, los dos enfoques encuentran su fundamento en lo que ha sido la política y la mentalidad estadounidense acerca de la intervención o no de las entidades federales.

La posición **originalista**, tradicionalmente con una visión conservadora, retoma las tendencias del republicanismo que se inclina por la autonomía de los Estados, otorgando a éstos todo aquel asunto que de forma explícita no aparezca señalado en la Constitución como competencia federal<sup>836</sup>. Los magistrados con tendencias conservadoras, por lo general, favorecen los intereses empresariales y se mantienen apartados de los intereses de las minorías<sup>837</sup>.

En contraste, los magistrados de corte liberal siguen los criterios demócratas de un poder federal más fuerte, por lo que se caracterizan por un mayor activismo en la toma de decisiones, defendiendo por lo general los derechos de las minorías, y revocando decisiones anteriormente adoptadas por la Corte si creen que ya no son factibles en el momento actual o bien que no son correctas. En este sentido, Thomas Grey considera que una interpretación laxa y sin objetivos de la Constitución podría hacerla perder gradualmente su esencia<sup>838</sup>.

Para que no exista el dominio de una sola ideología, la Constitución defiende el criterio del “balance o equilibrio”. Sin embargo, todo dependerá de la permanencia de los magistrados, cuyos puestos son vitalicios. Por otra parte, la autonomía de la que gozan

---

<sup>834</sup> Vid. Julio Alejandro GÁLVEZ BAUTISTA, “Activismo judicial”, en *Law Observatory*®, 2009, p. 1 y ss., disponible también en [www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf](http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf)

<sup>835</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, op. cit., p.197.

<sup>836</sup> S.A. BARBER y J.E. FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, op. cit., pp. 10-30.

<sup>837</sup> Vid. T.M. FINE, “La Corte Suprema de los Estados Unidos: Una corte en transición”, *Anuario 2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, Alcalá de Henares, 2008, pp. 31-50.

<sup>838</sup> Vid. Thomas GREY, “Do We Have an Unwritten Constitution?” *Stanford Law Review*, vol.27, nº3, 1975, pp. 703-706.

los magistrados les permite adoptar posiciones más personales y meditadas, alejándose incluso de sus supuestas ideologías en la Corte<sup>839</sup>.

Considerando lo anterior, e independientemente del desarrollo que haya seguido el caso Blackwater, pasemos a analizar *prima facie* la sentencia del juez del Distrito de Columbia (Washington D.C.), quien, como hemos señalado, desestimó los cargos contra los “contratistas militares privados” de Blackwater<sup>840</sup>, basándose en que habían sufrido violaciones de sus derechos más fundamentales, y principalmente en que los fiscales federales utilizaron indebidamente las declaraciones de dichos militares, pese a que éstos gozaban de inmunidad, sobre la base de un acuerdo bilateral entre la Autoridad Provisional de Irak y Estados Unidos<sup>841</sup>.

Desde nuestra perspectiva, el magistrado del Tribunal de Distrito, Ricardo Urbina, interpretó la Quinta Enmienda constitucional partiendo de un originalismo extremo para adoptar una decisión de fondo<sup>842</sup>. En cuanto a la inmunidad a la que hace referencia el citado juez, éste ignoró que se trataba de una inmunidad sin *stare decisis*, cuya naturaleza jurídica recaía en una decisión ante todo política de la administración de George W. Bush (2001-2009) en la “guerra contra el terror”<sup>843</sup>.

---

<sup>839</sup> Donald P. KOMMERS, John E. FINN y Gary J. JACOBSON, *American Constitutional Law: Essays, Cases and Comparative Notes*, 2ª ed., Rowman & Littlefield, Lanham, 2011, pp. 490-700, consultar en <http://books.google.es/books?id=sKjOeBQIcc8C>

<sup>840</sup> El Departamento de Defensa de Estados Unidos aprobó en 1976 la *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR) (Reglamento sobre el tráfico internacional de Armas) y la *Export Administration Regulations* (EAR) (el Reglamento de control de Exportación), ambas con el objetivo de establecer reglas y procedimientos administrativos (registros y licencias) para poder exportar armas, así como servicios y artículos de defensa.

<sup>841</sup> La creación de la Autoridad Provisional de Irak y sus relaciones con Estados Unidos se analizan en Juan SANDOVAL PALACIOS y Alberto BETANCOURT POSADA, *La hegemonía estadounidense después de la guerra en Irak*, Centro de Estudios Estratégicos de América del Norte-Plaza y Valdés, México, 2005, pp. 219-220.

<sup>842</sup> Recordemos que los magistrados de Distrito, una vez competentes en primera instancia para tener conocimiento y decisión en los delitos federales, deben seguir el precedente como principio, y no pueden en ningún caso desligarse de él, aún con la potestad jurisdiccional depositada en un único juez. Vid. María Ángeles PÉREZ CEBADERA, *Las instrucciones al Jurado*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón, 2001, pp. 65-69; y de la misma autora véase *Las instrucciones al Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>843</sup> La guerra contra el terrorismo y su complejidad es tratada en John K. COOLEY, *Guerras profanas: Afganistán, Estados Unidos y el terrorismo*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2002, pp. 399-450; A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol.7, 2006, pp.413-458; y en Robert I. ROTBERG, “La guerra contra el terrorismo: corazones, mentes y derechos humanos”, en Ana COVARRUBIAS VELASCO y Daniel ORTEGA NIETO (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, El Colegio de México, México, 2007, pp. 249-266.



Ahora bien, la Quinta Enmienda ha sido polémica de hecho desde su incorporación a la Constitución estadounidense<sup>844</sup>. Recordemos su enunciado:

“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para su uso público sin una justa indemnización”.

Partiendo de lo anterior, en la premisa conocida como **el Gran Jurado**, se niega protección a los que son miembros de las fuerzas armadas, ya sea en clima de paz o de guerra<sup>845</sup>; en cuanto a los “contratistas militares privados”, éstos carecen de mención alguna. Así, en una interpretación literal, los miembros de las fuerzas armadas del Estado sólo pueden ser juzgados por un Consejo de Guerra.

De hecho, con este enunciado los integrantes de la milicia estatal comprometidos a servir con las fuerzas federales quedan excluidos de ser juzgados como si fuesen ciudadanos civiles<sup>846</sup>. Sin embargo, la convicción de poder llevar a juicio a militares ante la jurisdicción no militar se presentó en el asunto *O'Callahan vs. Parker*, donde el Tribunal Supremo señaló que los cargos sólo podrían ser presentados ante la jurisdicción militar si los hechos del caso estaban “conectados con el servicio” de la milicia<sup>847</sup>.

En 1987 el Tribunal Supremo, de forma no oficial (y ante el asunto Irán-Contras<sup>848</sup>), tuvo la oportunidad de reconsiderar su posición al señalar que los miembros de la milicia en servicio podían en un momento determinado ser acusados y juzgados por un delito, independientemente de quién presentara la demanda. En ese tiempo se abrió un espacio de reflexión para que los militares pudieran ser reconsiderados a la luz de la

---

<sup>844</sup> La Quinta Enmienda desde el ámbito del derecho comparado es analizada, entre otros, por James F. SMITH, *Derecho Constitucional comparado México-Estados Unidos: volumen 2*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, pp. 695-797.

<sup>845</sup> Vid. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 192-195.

<sup>846</sup> Vid. H. BALL, *Courts and Politics. The Federal Judicial System*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1997, pp. 4-20.

<sup>847</sup> Sentencia de 2 de junio de 1969 en el caso *O'Callahan vs. Parker* (395 U.S. 258). Véase, por ejemplo, Fred K. MORRISON, “Court-Martial Jurisdiction: The Effect of *O'Callahan v. Parker*”, en *William and Mary Law Review*, vol.11, n°2, 1969, pp.508-524.

<sup>848</sup> Con el objetivo de investigar la venta ilegal de armas a Irán, el Senado estadounidense estableció una Comisión Especial a tal efecto. Vid. Antonio PÉREZ OMISTER, *ConZPiración*, Lulu.com, 2008, p. 95.

Quinta Enmienda<sup>849</sup>. Sin embargo, ya no hubo más jurisprudencia al respecto pues, ante la proliferación de ESP/EMSP en el país, se planteaban nuevas interrogantes en el *Common Law estadounidense*. Por otro lado, en la práctica los Estados de la Unión Americana han sustituido a los Grandes Jurados<sup>850</sup> por audiencias preliminares o preparatorias<sup>851</sup>.

De esta manera, en el presente análisis del caso *Blackwater* se puede observar que el Juez de Distrito tuvo que abstenerse de partir de la premisa contenida en la Quinta Enmienda para emitir la decisión en cuestión<sup>852</sup>, puesto que hasta 2009 no existía sentencia judicial alguna relacionada con “contratistas militares privados”.

En una siguiente premisa, la Quinta Enmienda protege a los testigos de ser obligados a **declarar contra sí mismos**. Para invocar la Quinta Enmienda se recomienda que exista una declaración autoinculpatoria, en la que se reconozca la responsabilidad por un acto ilegal que pueda ser castigado con multas, sanciones o bien decomisos<sup>853</sup>. Por tradición, y como legado del *Common Law* inglés<sup>854</sup>, la protección jurídica contra la obligación de autoincriminación se encuentra directamente relacionada con la práctica de la tortura para extraer información y toda clase de declaraciones a los presuntos responsables de algún delito.

Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que un acusado (o incluso testigos) posee un cierto temor natural, hasta cierto punto razonable, debido al constante acecho del cual es objeto su persona durante una investigación penal. Por este motivo, la Quinta Enmienda protege a acusado y testigos de situaciones graves o bien de conflictos muy

---

<sup>849</sup> De hecho, el teniente coronel del Cuerpo de Marines, Oliver North, se amparó en la Quinta Enmienda para lograr inmunidad en el caso *Irangate*. Vid.

[http://elpais.com/diario/1991/09/17/internacional/685058413\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1991/09/17/internacional/685058413_850215.html)

<sup>850</sup> En el *Common Law* un acusado sólo puede ser condenado por un jurado después de un procedimiento contradictorio: en él, la Defensa y el Fiscal discuten acaloradamente sobre su inocencia o posible culpabilidad; sin embargo, en realidad todo es muy diferente, pues en la mayoría de los casos no se llega a este juicio. Kevin L. SWICK, “Plea Bargains: What to Do When the Prosecutor Says No”, *University of Dayton Law Review*, vol.6, n°1, 1981, p. 95 y ss.

<sup>851</sup> Vid. H. BALL, *Courts and Politics*, *op.cit.*, pp. 5-10.

<sup>852</sup> Un estudio sobre la Quinta Enmienda desde la perspectiva del análisis comparado puede verse en James F. SMITH, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990, p. 695 y ss.

<sup>853</sup> Vid. Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 27-47.

<sup>854</sup> Vid. J.H. ISRAEL, Y. KAMISAR y W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure and the Constitution*, West, St. Paul, 1997, p. 15 y ss.

complejos<sup>855</sup>. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo protege “**el derecho a guardar silencio**”.

En el análisis que nos ocupa, este enunciado tampoco puede ser aplicado para los acusados de Blackwater, pues no existen informes ni pruebas oficiales sobre abusos, tortura o maltrato practicado por las agencias de investigación como el FBI, que, como habíamos dicho, se encuentran habilitadas para intervenir en cuestiones relacionadas con las ESP/EMSP de conformidad con la Ley de Extraterritorialidad de 2007. Además, tampoco existen indicios de daños mentales o psicológicos infringidos por parte de los fiscales a los acusados.

Con respecto a los fiscales y la compleja función que tienen en el *Common Law* estadounidense, es necesario apuntar lo siguiente: el fiscal o *prosecutor* constituye un cuerpo cuasi-judicial por sus actividades y funciones, pero al mismo tiempo posee características que van de lo administrativo a lo político<sup>856</sup>.

Fundamentalmente les corresponde encargarse de la acusación pública, que se rige por el principio acusatorio conocido en el medio como *adversary system* (este sistema se fundamenta en los principios acusatorio, de contradicción y de discrecionalidad en la aplicación de la ley penal). Asimismo, el fiscal lleva a cabo regularmente labores consultivas y administrativas que le brindan un poder extraordinario e ilimitado, tanto a nivel federal (*Attorney General*) como estatal (*Attorney*), pues su objetivo es precisamente implementar la ley y la justicia. Sin embargo, los fiscales son vigilados continuamente por el sistema de control de ética, por lo que cuidan su imagen y reputación.

En general, puede considerarse que el *adversary system* y la figura del *prosecutor* constituyen la clave de sistema penal estadounidense -y anglosajón en general-, tal como se deduce del *Common Law*<sup>857</sup>. Así, partiendo de estas consideraciones, en el análisis de fondo podemos observar que los fiscales (o *prosecutors*) quedaron fuertemente cuestionados en la sentencia Blackwater, pues el hecho de haber utilizado

---

<sup>855</sup> Terry L. JORDAN, *La Constitución de los Estados Unidos*, op. cit., pp. 44-45.

<sup>856</sup> Vid. Juan CARDENAS, “The Crime Victim in the Prosecutorial Process”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 9, 1986, pp. 358-365.

<sup>857</sup> Vid. Alberto BOVINO, “La persecución penal pública en el derecho anglosajón”, en *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, n° 2, 1997, p. 35, disponible en [www.robertexto.com/archivo7/persec\\_penal.htm](http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm)

las declaraciones de los acusados en su contra fue considerado ilegal por el juez Urbina<sup>858</sup>. Desde nuestra perspectiva esto es cuestionable, pues el *Common Law* indica que los fiscales deben encontrar y aportar todas las pruebas posibles así como, principalmente, utilizarlas de la mejor manera posible. Recordemos lo que nos indica **el principio acusatorio**: el manejo de las pruebas es la clave principal para encontrar la justicia, principal objetivo del *prosecutor* en el *Common Law*.

Por otra parte, y regresando al principio del **derecho a guardar silencio** -del cual gozan los acusados-, el juez Urbina pudo verificar la correcta salud física y mental de todos los presuntos responsables, lo que hace más discutible la decisión de Ricardo M. Urbina de 31 de diciembre de 2009, cuyo fallo se inclinó en favor de los “contratistas militares privados” de Blackwater.

Otro elemento importante de la Quinta Enmienda relacionado con los acusados de Blackwater es el **interrogatorio bajo custodia**. Por tradición en el *Common Law* estadounidense, el uso de la tortura para obtener confesiones era una práctica considerada tradicionalmente aceptable. No fue hasta la década de 1930 cuando la tortura gradualmente dejó de tener cierta aprobación en el sistema judicial de Estados Unidos, como se pudo comprobar en el caso *Brown vs. Mississippi*<sup>859</sup>. Más adelante, el cuerpo policiaco introdujo técnicas más humanas para obtener la confesión de los acusados y, sin embargo, el Tribunal Supremo señaló en el asunto *Chambers vs. Florida* que la confesión obtenida mediante violencia física, incluso aunque fuera escasa, debía calificarse como inadmisibles<sup>860</sup>.

En otros casos, como *Ascraft vs. Tennessee* (1944)<sup>861</sup> y *Haynes vs. Washington* (1963)<sup>862</sup>, el Tribunal Supremo calificó como inadmisibles las confesiones obtenidas de

---

<sup>858</sup> Pedraz Penalva anota que es la propia interpretación constitucional la que ha definido los límites de los principios de autoincriminación y del derecho a guardar silencio. Ernesto PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal, t. I: Principios del Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 82-95.

<sup>859</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1936 en el caso *Brown vs. Mississippi* (297 U.S. 278).

<sup>860</sup> Sentencia de 12 de febrero de 1940 en el caso *Chambers vs. Florida* (309 U.S. 227). Hasta 1966 -con la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Miranda vs. Arizona*-, en los interrogatorios a los acusados criminales la policía había introducido las prácticas llamadas tretas lingüísticas y las circunstanciales para obtener la incriminación del sospechoso. Vid. David A. BRACER-NEGRÓN, “El interrogatorio y las pruebas de voluntariedad del sospechoso criminal: un análisis federal y estatal de unas normas en evolución”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Pontificia Universidad de Puerto Rico, vol. 40, n° 1, 2001, pp. 1-3.

<sup>861</sup> Sentencia de 1 de mayo de 1944 en el caso *Ascraft vs. Tennessee* (322 U.S. 143).

<sup>862</sup> Sentencia de 27 de mayo de 1963 en el caso *Haynes vs. Washington* (373 U.S. 503).

modo forzado tras detenciones prolongadas e interrogatorios sin descanso. Conforme fueron transcurriendo los años sesenta, el Tribunal Supremo no validó sentencias en donde hubieran estado involucrados tratos degradantes o inhumanos para el acusado<sup>863</sup>.

Cabe agregar que el caso *Ernesto Miranda vs. Arizona* de 1966 fue muy especial<sup>864</sup>. El acusado había firmado una declaración confesando su crimen, pero el Tribunal Supremo consideró inaceptable dicha confesión, debido a que el acusado Miranda no había sido advertido de sus derechos procesales. El Tribunal Supremo consideró que la acusación de ninguna manera podría basarse en declaraciones efectuadas en interrogatorios bajo custodia, sin que en ellas el acusado demostrara el conocimiento de sus garantías procesales. Dicho de otro modo, antes de cualquier interrogatorio el individuo debe ser advertido de que tiene **derecho a guardar silencio** y que cualquier declaración puede ser empleada como prueba en su contra. Esta advertencia también se conoce como *Alerta Miranda*, y se aplica generalmente cuando un policía tiene la obligación de comunicar a un detenido sus derechos.

En el asunto *Hiibel vs. Sexto Tribunal de Distrito de Nevada*<sup>865</sup>, el Tribunal Supremo siguió con la tendencia de que los detenidos deben tener conocimiento de sus derechos en el momento de emitir una declaración o estar bajo custodia. No obstante, recientemente, en 2010, el Tribunal Supremo se ha decantado por una interpretación más restrictiva de la “doctrina *Miranda*” en el asunto *Berghuis vs. Thompkins*, al exigir que los sospechosos deben ahora invocar su derecho a guardar silencio y mostrar confianza en este derecho<sup>866</sup>; sólo así sus declaraciones posteriores podrán ser utilizadas en los tribunales para seguir cooperando con ellos. El hecho de permanecer callado es en sí insuficiente para presumir que el acusado ha invocado sus derechos; incluso si ha transcurrido un tiempo prolongado y responde a ciertas preguntas en el interrogatorio se puede interpretar que ha renunciado a su derecho a guardar silencio<sup>867</sup>.

---

<sup>863</sup> Vid. Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 200-590.

<sup>864</sup> Sentencia de 13 de junio de 1966 en el caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436).

<sup>865</sup> Sentencia de 21 de junio de 2004 en el caso *Hiibel vs. Sexto Tribunal de Distrito de Nevada* (542 U.S. 177).

<sup>866</sup> Sentencia de 1 de junio de 2010 en el caso *Berghuis vs. Thompkins*, 560 U.S. \_ 2010 (expediente 08-1470), 130 S. Ct. 2250, en [www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1470.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1470.pdf)

<sup>867</sup> En general véase E.S. HENDLER, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 10-69.

Continuando con nuestro análisis, en el caso *Blackwater* el magistrado Urbina tampoco podía haber considerado la aplicación del derecho mencionado, pues los acusados mantuvieron su libertad durante todo el proceso judicial, y demostraron tener conocimiento de sus garantías procesales al entregarse ante un tribunal de distrito en el Estado de Utah<sup>868</sup>. Por otro lado, la Quinta Enmienda omite que la confesión realizada bajo amenaza psicológica pueda ser un factor de defensa para los acusados<sup>869</sup>. Hay que recordar, que según la defensa letrada de los acusados, éstos fueron amenazados con ser despedidos de su trabajo si no confesaban su responsabilidad en el delito, en este caso un delito grave para el Estado<sup>870</sup>.

En este sentido, la empresa Blackwater no dio a conocer -antes, durante ni después de la demanda contra los acusados- la existencia de informe oficial alguno sobre sus condiciones laborales, ni mucho menos del supuesto despido de estos trabajadores de la seguridad privada. Recordemos que la empresa se reestructuró y cambió de nombre pasada la matanza de Bagdad de septiembre de 2007. Así se invalida toda sospecha de que los acusados pudieran haber sido presionados psicológicamente, ya por los fiscales o por el FBI, para confesar su conducta criminal en Bagdad.

Ahora bien, como el fallo de la demanda contra Blackwater de 2007 se sustenta primordialmente en la **inmunidad** para denegar todos los cargos contra los acusados, es necesario recordar que dicha inmunidad es *sui generis*, y por tanto ajena a lo señalado en la Quinta Enmienda constitucional<sup>871</sup>. Resultó novedoso que el juez concediera inmunidad a los “contratistas militares privados” –insistimos que su trabajo formaba parte de una política unilateral de la Administración estadounidense-, pues no existen precedentes o registros previos en el *Common Law* ni en el *Common Law estadounidense*.

Recordemos que existen diversos tipos posibles de “inmunidades”:

---

<sup>868</sup> La Ley Patriótica de 2001 otorga casi poderes ilimitados a las agencias de seguridad dedicadas al espionaje y contraespionaje, como la CIA. Consultar los artículos 412 al 416 de dicha Ley Patriótica.

<sup>869</sup> Vid. Javier GARCÍA VIDAL, *La Quinta Enmienda*, en <http://jgvidal.blogspot.com/2006/12/la-quinta-enmienda.html>

<sup>870</sup> Vid. E.S. HENDLER, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, *op.cit.*, pp. 10-69.

<sup>871</sup> Así por ejemplo, la esencia de la inmunidad es analizada, entre otros muchos, en Liseth A. MOJICA GÓMEZ, *Manual práctico de Derecho internacional privado*, Centro Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp.85-86.

- 1) Por un lado se encuentra la inmunidad de la que disfruta cada Estado frente a la jurisdicción interna de los otros países (inmunidad -de jurisdicción y de ejecución- del Estado soberano)<sup>872</sup>; en Estados Unidos esa inmunidad está regulada en su Ley de Inmunidad del Estado extranjero de 1976<sup>873</sup>.
- 2) En segundo lugar, señalaremos que el gobierno federal estadounidense goza de “inmunidad” en los actos oficiales ejecutados en su propio territorio frente a las

---

<sup>872</sup> Esta materia ha sido codificada en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004), aún no en vigor como tal tratado multilateral, pero realmente importante en la cristalización del Derecho internacional consuetudinario vigente en esta materia. Acerca de esta Convención pueden leerse, entre otros, G. HAFNER, “United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004)”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com], visitada el 5 de febrero de 2013; M. HERZ, “La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes”, *REEI*, n°10, 2005; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *R.E.D.I.*, vol.58, n°2, 2006, pp.711-736; J. FERRER LLORET, “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *ADI*, vol.23, 2007, pp.3-61. Anteriormente, ya el Convenio Europeo de 1972 recalca que la inmunidad del Estado soberano parte del principio “*par in parem non habet imperium*”, según el cual un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro Estado. Vid. por ejemplo Antonio ORTIZ-ARCE, “Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la economía de mercado: especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.6, n°2, mayo-agosto de 1979, pp.503-546. La literatura doctrinal sobre la inmunidad del Estado extranjero es amplísima; véanse por ejemplo P.-T. STOLL, “State Immunity”, en R. WOLFRUM (ed.), *cit.*, 2008-; M. MEDINA ORTEGA, “La inmunidad del Estado extranjero”, *R.E.D.I.*, vol.17, n°2, 1964, pp.241-263; A. CHUECA SANCHO, “Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española”, *Rev. Fac. Der. Univ. Complutense*, vol.65, 1982, pp.113-146; ídem y J. Díez-Hochleitner, “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, *R.E.D.I.*, vol.40, n°2, 1988, pp.7-54; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990; I. SINCLAIR, “The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments”, *Rec. des C.*, vol.167, 1980, pp.113-284; S. SUCHARITKUL, “Immunities of Foreign States before National Authorities”, *Rec. des C.*, vol.149, 1976, pp.87-216; G.M. BADR, *State Immunity: an Analytical and Prognostic View*, Nijhoff, La Haya, 1984; A. SÁNCHEZ LEGIDO, “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *R.E.D.I.*, vol.53, 2001, pp.313-330; R. JENNINGS, *The Place of the Jurisdictional Immunity of States in International and Municipal Law*, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1987; H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002; Ch. TOMUSCHAT, “L’immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l’homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol.109, n°1, 2005, pp.51-74; G. HAFNER, M.G. KOHEN y S.C. BREAU (eds.), *State Practice Regarding State Immunities*, Nijhoff, Leiden, 2006; C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007; F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *ADI*, vol.23, 2007, pp.63-99; y J. FERRER LLORET, “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de derechos humanos”, *R.E.D.I.*, vol.59, n°1, 2007, pp.29-63.

<sup>873</sup> La **Foreign Sovereign Immunities Act** (FSIA), de 21 de octubre de 1976, se encuentra codificada en el Código de Estados Unidos (U.S.C.), Título 28, párrafos 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), y 1602-1611. Véanse por ejemplo H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp.317-371; R. CRUZ, “La ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976”, *AHLADI*, vol.7, 1984, pp.105-129.

jurisdicciones nacionales de los demás Estados, en virtud de la doctrina del *Acto de Estado*<sup>874</sup>.

3) Por otro lado, se encuentra la denominada inmunidad “interna” del soberano (del Poder Ejecutivo) en su país con respecto a sus propios tribunales, que es una doctrina jurídica en virtud de la cual el gobierno (o el Rey, en una monarquía constitucional<sup>875</sup>) es inmune frente a los procedimientos judiciales domésticos (ya civiles o penales); en Estados Unidos, de dicha inmunidad goza tanto el Gobierno federal como los diversos Estados de la Unión Americana<sup>876</sup>, si bien se ha limitado en ciertos aspectos la

---

<sup>874</sup> En su sentencia de 29 de noviembre de 1897 en el caso *Underhill vs. Hernandez* (168 U.S. 250, 42 L. Ed. 456, 18 S. CT. 83), el Tribunal Supremo determinó que “every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory” (p.252); ésta fue la primera vez que dicho órgano judicial acogió la doctrina del *Acto de Estado*, en virtud de la cual los tribunales internos se abstienen de enjuiciar “la legalidad internacional de actos oficiales adoptados por Estados extranjeros y ejecutados en su propio territorio, exceptuando las violaciones de normas internacionales con amplio consenso de la sociedad internacional, como por ejemplo sería un caso de genocidio. Esta doctrina no fue establecida por cláusula constitucional o legislativa alguna, sino que es un principio de Derecho consuetudinario (*Common Law*) desarrollado principalmente por las jurisdicciones anglosajonas sobre la base de consideraciones de cortesía internacional y el respeto de los principios de igualdad soberana y no injerencia en los asuntos internos de los demás Estados, la separación de poderes y la elección del Derecho”. Cfr. A.J. IGLESIAS VELASCO, *La aplicación del Derecho Internacional por los jueces estatales*, Editorial Académica Española-Lambert, Saarbrücken, 2012, pp.163-164; A. REMIRO BROTONS, R. RIQUELME CORTADO, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela Calatayud y L. Pérez-Prat Durban, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp.1046-1048. Sobre la doctrina del *Acto de Estado* pueden verse, entre otros, F. DE QUADROS y J.H. DINGFELDER STONE, “Act of State Doctrine”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com], visitada el 10 de enero de 2013; G.H. FOX, “Reexamining the Act of State Doctrine: An Integrated Conflicts Analysis”, *Harv. Int'l L. J.*, vol.33, nº1, 1992, pp.521-569; y M.D. RAMSEY, “Acts of State and Foreign Sovereign Obligations”, *Harv. Int'l L. J.*, vol.39, nº1, 1998, pp.1-100.

<sup>875</sup> Así por ejemplo, en España la vigente Constitución de 1978 otorga tal tipo de inmunidad al Rey (en calidad de Jefe del Estado) -artículo 56.3-. Este tipo de inmunidad también se proyecta internacionalmente en el caso de los principales órganos del Estado -Jefe de Estado o de Gobierno-, pero a finales del siglo XX se ha puesto en discusión la inmunidad de tales dirigentes ante vulneraciones masivas de derechos humanos. Véanse por ejemplo A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999; S. TORRES BERNARDEZ, “Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, pp. 639-685.

<sup>876</sup> El Tribunal Supremo ha reconocido a lo largo del tiempo que, en virtud de la 11ª Enmienda constitucional, los Estados de la Unión gozan de inmunidad frente a demandas interpuestas en tribunales federales sin su consentimiento. Vid. sentencia de 3 de marzo de 1890 en el caso *Hans vs. Louisiana* (134 U.S. 1). Así por ejemplo, el Tribunal Supremo ha indicado que “the States' immunity from suit is a fundamental aspect of the sovereignty which the States enjoyed before the ratification of the Constitution, and which they retain today (either literally or by virtue of their admission into the Union upon an equal footing with the other States)”-sentencia de 23 de junio de 1999 en el caso *Alden vs. Maine* (527 U.S. 706, en p.713)-; eso sí, se considera que los municipios y los condados carecen de tal inmunidad -véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 en el caso *Northern Insurance Company of New York vs. Chatham County* (547 U.S. 189, en pp.193-194)-. Por otro lado, en la Unión Americana también existen la doctrina jurisprudencial de la “Cuestión política” -tradicionalmente sustentada a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137)- y la doctrina de la “reciprocidad internacional”: con la primera de ellas, los



inmunidad del Gobierno federal, en virtud de la *Ley federal de las demandas de agravio* y la denominada *Ley Tucker*<sup>877</sup>.

En el plano internacional, a los miembros de las fuerzas militares estatales se les podría otorgar un régimen similar al establecido para los agentes diplomáticos en la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas<sup>878</sup>. Tradicionalmente, el gobierno estadounidense argumentaba que la inmunidad militar a miembros de su ejército permitiría un juicio más justo en su país y, por otro lado, daría paso a un desempeño favorable de las operaciones militares. En cuanto a los “contratistas militares privados”, se carece de antecedentes de que Estados Unidos abogara con firmeza por otorgar inmunidad a esa categoría de militares; lo que si se puede resaltar es su nula disposición por llevar a juicio a combatientes y jefes militares<sup>879</sup>. De cualquier forma, es en el contexto de su guerra contra el terrorismo internacional, iniciada en 2001, cuando viene defendiendo esta clase de inmunidad con mayor determinación<sup>880</sup>.

En el *Common Law estadounidense* existe una inmunidad cualificada concedida a aquellos individuos que realizan labores como si fueran funciones oficiales y formaran parte del gobierno. Cabe agregar que ciertas personas, que no son empleados públicos, podrían sin embargo gozar de inmunidad si se les considerase como agentes del Estado.

En el ámbito doméstico, el sistema estadounidense otorga diversas inmunidades procesales individuales. Así, por ejemplo, existen dos clases de inmunidad para los testigos: inmunidad transaccional e inmunidad de uso. En el primer tipo, el testigo es inmune al procesamiento por acusaciones relacionadas con su testimonio; en el

---

tribunales pueden declinar su competencia cuando se presente un conflicto de características eminentemente políticas. Según la segunda de ellas, un magistrado se abstiene de su competencia en nombre de la reciprocidad internacional, con la finalidad de que pueda darse un conflicto de leyes entre el sistema jurídico estadounidense y un sistema jurídico extranjero. Vid. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*, op. cit., 2011, p.121.

<sup>877</sup> Por un lado, la *Federal Tort Claims Act* (de 25 de junio de 1948, en 28 U.S.C. Pt.VI Capítulo 171, y 28 U.S.C. § 1346.b) retira la inmunidad al Gobierno federal si un acto de agravio de un empleado federal causa daños, y en tales casos permite a las personas privadas demandar a Estados Unidos ante un tribunal federal. Por otro lado, la citada *Ley Tucker* (de 3 de marzo de 1887, en 28 U.S.C. § 1491) descarta tal inmunidad en reclamaciones relativas a contratos en los que el Gobierno federal sea parte. Vid. también Lawrence M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho estadounidense*, Bosch, Barcelona, 1988, pp.5-60.

<sup>878</sup> Norma Alicia CANTO VERA, *La función diplomática*, Universidad Autónoma de Baja California Norte, Tijuana, 2006, pp. 197-215.

<sup>879</sup> Vid. W.R. HARRIS, “International Human Rights and the Nuremberg Judgement”, *Santa Clara Lawyer*, núm. 209, 1972, pp. 216-217.

<sup>880</sup> Véase por ejemplo Álvaro SANDOVAL BERNAL y Ricardo ABELLO GALVIS, *Columnas al derecho: observatorio el espectador*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 40-41.

segundo, el testigo podrá ser enjuiciado, pero su declaración no puede ser usada en su contra. En el caso *Kastigar vs. Estados Unidos*, el Tribunal Supremo señaló que el gobierno sólo otorga inmunidad cuando una persona es obligada a declarar<sup>881</sup>; en la inmunidad de uso, ésta debe extenderse no sólo a las declaraciones realizadas por los testigos, sino que debe abarcar también todas las pruebas derivadas del caso en cuestión<sup>882</sup>.

Así, hasta este momento de la investigación podemos afirmar que la inmunidad otorgada a militares en el Derecho estadounidense es inexistente, y que la inmunidad para los “contratistas militares privados” es *sui generis*<sup>883</sup>. Por ello, podría considerarse que el magistrado Ricardo M. Urbina interpretó la Quinta Enmienda en el caso *Blackwater* con un originalismo llevado a sus límites más altos en orden a respetar una supuesta “inmunidad innovadora”, pero fue poco convincente en sus argumentos jurídicos. Bien pudo el juez Urbina cuestionar o hasta rechazar la existencia de dicha inmunidad, para procesar a los acusados de Blackwater de conformidad con lo que dicta el *Common Law estadounidense*.

Cabe recordar que la Orden número 17 de la Autoridad Provisional en Irak, emitida en junio de 2004, otorgó inmunidad a todas las fuerzas estadounidenses y extranjeras, incluidos los “contratistas militares privados”, por cualquier delito que pudieran cometer en territorio iraquí, incluidos los crímenes de guerra<sup>884</sup>. En este sentido, Gómez del Prado ha examinado dicho documento, señalando lo siguiente:

---

<sup>881</sup> Sentencia de 22 de mayo de 1972 en el caso *Kastigar vs. Estados Unidos* (406 U.S. 441), disponible en <http://supreme.justia.com/us/406/441/case.html>

<sup>882</sup> Vid. sobre la Quinta Enmienda <http://espanol.getlegal.com/legal-info-center/la-quinta-enmienda-de-la-constitucion-de-los-estados-unidos>

<sup>883</sup> Estados Unidos continúa impulsando este tipo de inmunidad, sobre todo a partir de la retirada de la mayor parte de sus tropas de Irak desde diciembre de 2011: “Washington está presionando a Bagdad para conseguir la inmunidad de los militares estadounidenses que permanecerán en Irak como formadores de las fuerzas iraquíes, informa hoy el diario estatal *Al Sabah*. El periódico, que cita una fuente estadounidense anónima, revela que el Gobierno de Estados Unidos lleva preparando desde hace tres meses la permanencia de unos 6 mil formadores castrenses, además de 5 mil agentes de seguridad para proteger embajadas y los centros de entrenamiento de la Policía y el Ejército iraquí. Según el rotativo, Washington pretende, además, mantener en Irak a unos 2 mil funcionarios, que se sumarán a 4 mil civiles que prestarán servicios como asistencia médica y a 3 mil empresarios. Por otra parte, el diario árabe internacional *Al Hayat* publica hoy unas declaraciones del portavoz del Gobierno iraquí, Ali al Dabag, en las que afirma que en la actualidad las fuerzas estadounidenses sólo supervisan 20 bases militares, después de haber traspasado a las autoridades iraquíes el control de 485”. Vid. <http://www.prensa.com/uhora/washington-presiona-irak-para-lograr-inmunidad-de-sus-soldados/33463>

<sup>884</sup> Vid. Naomi KLEIN, *La doctrina del shock: Del auge del capitalismo del desastre*, Paidós América, Barcelona, 2010, pp. 457-480.

“La sección 9 de Memo 17 prohíbe a las empresas militares y de seguridad privada ejercer actividades policiales. Sin embargo, la Sección 5 del Anexo A de dicho Memo permite a las empresas de seguridad privada arrestar, detener, registrar y desarmar a civiles cuando la seguridad de los empleados así lo requiera o en el caso en que esté especificado en el contrato. La Sección 6 prohíbe a las empresas de seguridad privada unirse a la Coalición o a las Fuerzas Multinacionales en operaciones de combate, excepto en casos de autodefensa o de la defensa de las personas que tienen que proteger y que están especificadas en sus contratos. En virtud de la Sección 9, los dirigentes y empleados de las empresas de seguridad privada están sujetos a las leyes penales, administrativas, comerciales y civiles, así como a los reglamentos, y se les puede enjuiciar de acuerdo con los códigos penales y civiles, excepto si la ley lo estipulara de otra manera. El Administrador de la Autoridad Provisional de la Coalición firmó la Orden 17, por la cual los tribunales iraquíes no pueden enjuiciar a los “contratistas independientes”, en particular a los guardias de seguridad privada que operan en el país, otorgándoles así inmunidad”<sup>885</sup>.

Es precisamente esta inmunidad *sui generis* otorgada a “contratistas militares privados” la que se contrapone a los avances del Derecho internacional<sup>886</sup> y del *Common Law* estadounidense<sup>887</sup>.

En las materias de Derecho Internacional Público y Privado, cuando se trata de cuestiones sobre crímenes de guerra, el *Common Law* estadounidense se ha caracterizado por su firmeza en la aplicación de la ley. Entre los precedentes más importantes se puede citar el caso de *Tomoyuki Yamashita*<sup>888</sup>, a quien se le aplicó el

---

<sup>885</sup> José L. GÓMEZ DEL PRADO, “El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, *op.cit.*, pp. 193-194. La Orden 17 es también analizada, por ejemplo, en Amnistía Internacional, *Irak. Nuevo Orden, idénticos abusos. Detenciones ilegales y Tortura*, septiembre de 2010, disponible en <http://books.google.com.mx/books?id=aQzfO15jVgIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbv&v=onepage&q&f=false>

<sup>886</sup> Para contrarrestar este tipo de inmunidad, el juez Urbina podría haber aplicado el principio de coautoría: “El concepto de coautoría, basado en un control conjunto sobre el crimen, está asentado en el principio de división de tareas esenciales con el objetivo de cometer una conducta ilícita entre dos o más personas actuando de manera concertada. Por lo tanto, a pesar de que ninguno de los participantes resulta el ofensor principal, ya que todos dependen unos de otros para la comisión, todos comparten la responsabilidad porque cada uno de ellos puede frustrar la comisión del crimen si no lleva adelante su parte de la tarea”. Vid. C. STAHN y L. van den HERIK, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2010, p.6.

<sup>887</sup> Vid. José L. GÓMEZ DEL PRADO, “El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios”, *op.cit.*, pp. 193-194. Ahora bien, de conformidad con el artículo 1.1 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, se señaló el compromiso de los Estados de procurar el pleno respeto del Derecho Internacional Humanitario, adoptando todas aquellas medidas que fueran pertinentes -en lo judicial, legislativo y administrativo o de cualquier otra índole- para impedir la violación de sus normas; la obligación es para todos los Estados independientemente de si son o no parte del conflicto, de la nacionalidad de los presuntos responsables o de las víctimas, o del lugar donde hayan ocurrido los hechos. Vid. US Congressional Research Services, Order Code RL32419, de 11 de julio de 2007; y Julio JORGE URBINA, “Crímenes de Guerra, Justicia Universal e Inmunidades de Jurisdicciones Penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 255-306, disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>888</sup> Vid. sentencia de 3 de septiembre de 1945 en el caso *Yamashita*, 327 U.S. 1-81, en pp.13-14 (1945). El Tribunal Supremo discutió que el acusado hubiera “ilegalmente dejado de lado y fracasado de desvincularse de su deber como comandante para controlar las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades”. Véase UNWCC Law Reports IV, p. 1-35.

principio de Responsabilidad de un Comandante Militar o Responsabilidad de Mando por delitos cometidos por sus tropas en Filipinas durante la Segunda Guerra Mundial<sup>889</sup>. La Comisión Militar estadounidense que lo juzgó, lo sentenció a muerte en febrero de 1946. La defensa letrada de Yamashita recurrió ante el Tribunal Supremo estadounidense mediante una petición de *certiorari* y una autorización para presentar una petición de recurso (*habeas corpus*); sin embargo, la mayoría de los miembros del Tribunal Supremo denegó estas instancias legales. El magistrado De Piedra argumentó que la Comisión Militar había sido legal y legítimamente constituida; que las imputaciones estaban fundamentadas de conformidad con las garantías procesales de Estados Unidos; y que dichos delitos violaban claramente las leyes de la guerra.

Los abogados de *Yamashita* insistían en que su defendido ignoraba cuáles eran los delitos que se le imputaban; que no había planeado ningún crimen de guerra en las Filipinas; y que la misma ofensiva militar de Estados Unidos en ese archipiélago había hecho imposible vigilar el comportamiento del ejército japonés, incluyendo la conducta de aquellos considerados “guerrilleros”.

Pero el Tribunal Supremo señaló que no importaban las condiciones y características de las tropas lideradas por *Yamashita*<sup>890</sup>, quién finalmente fue ejecutado. Así, considerando este precedente, se puede demostrar que no importan las particularidades de los ejércitos, o si sus jefes o superiores han participado activamente junto con sus tropas en la comisión de crímenes, pues éstos pueden ser llevados a juicio. Por otro lado, este precedente también nos indica que la inmunidad de los militares es inexistente en caso de delitos graves, como serían el asesinato, la violación, el saqueo y los disparos indiscriminados contra la población civil (los propios tribunales militares estadounidenses han consagrado la doctrina de la Responsabilidad de Mando desde el caso *Yamashita*).

De esta manera, los actos cometidos por el personal de Blackwater contra civiles iraquíes en el centro de Bagdad en 2007 habrían sido tipificados como crímenes por la Comisión Militar de los Estados Unidos desde el fin de la Guerra del Pacífico en 1945,

---

<sup>889</sup> Kai AMBOS, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 195-200. La doctrina de la Responsabilidad de Mando fue establecida por el IV Convenio de la Haya de 1907, y sería aplicada por primera vez por el Tribunal Supremo de Alemania en el caso *Emil Muller*, después de la Primera Guerra Mundial, en 1921.

<sup>890</sup> Vid. <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/Yamashita1.htm>

y por los propios Tribunales de Núremberg y Tokio. Por ello, el Juez Ricardo M. Urbina podría haber argumentado la inadmisibilidad de la inmunidad a los acusados de Blackwater, considerando diversa jurisprudencia previa.

Reiteremos una vez más que el *Common Law* y el *Common Law estadounidense* se caracterizan teóricamente por ser de carácter jurisprudencial. Dicho de otro modo, se asientan sobre un *corpus* de innumerables precedentes jurisprudenciales que llevan al *Common law* y la *equity* a constituir la base del Derecho Anglosajón<sup>891</sup>. La inmunidad basada en acuerdos bilaterales no está incorporada todavía en el sistema jurídico del *Common Law*<sup>892</sup>; en cuanto al *Common Law estadounidense*, como hemos visto, éste introduce una concepción de inmunidad muy especial y, en todo caso, la inmunidad otorgada a militares públicos o privados es todavía un punto de conflicto<sup>893</sup>, pues se contrapone a los instrumentos internacionales que defienden la promoción y desarrollo del Derecho internacional<sup>894</sup>, y a la propia ONU<sup>895</sup>.

En este orden de ideas, la interpretación judicial realizada por el magistrado Urbina en favor de Blackwater ha dejado abierto un espacio en el Derecho estadounidense para analizar hasta qué punto resulta factible la incorporación en el *Common Law* de las categorías “combatientes ilegales” e “inmunidad militar privada” otorgada a los “contratistas militares privados”. Por el momento, se especula que dichas categorías permanecerán sin definición jurídica por tiempo indefinido, a pesar de que pueden tener un gran impacto en el desarrollo del Derecho internacional contemporáneo.

---

<sup>891</sup> Consultar por ejemplo James F. SMITH (coord.), *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990, pp. 9-12.

<sup>892</sup> En 2003 Colombia y Estados Unidos alcanzaron un acuerdo por el cual el gobierno colombiano no puede otorgarle competencia a la Corte Penal Internacional para juzgar personal de las ESP/EMSP. Vid. J.H. TORRES, “Mercenaries in Colombia”, Seminar on Privatization of Security and Warfare and Its Impacts on Human Rights, Ginebra, 21 de marzo de 2007.

<sup>893</sup> En el Documento E/CN.4/2006/11 de Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2006, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre el Mercenarismo había advertido de las eventuales consecuencias que podrían tener los acuerdos bilaterales que otorgaban impunidad a las ESP/EMSP (párrafo 5).

<sup>894</sup> Farah DE STOCKMAN, “Los contratistas en zonas de guerra pierden inmunidad”, *The Boston Globe*, 01-07-2007, pp. 3-5.

<sup>895</sup> Así por ejemplo, en el apartado 5 de su Resolución 61/151 (2006), de 19 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU “pide a los Estados que ejerzan la máxima vigilancia contra todo tipo de reclutamiento, adiestramiento o financiación de mercenarios por empresas privadas que ofertan servicios internacionales de asesoramiento militar y de seguridad, y que prohíban expresamente que tales empresas intervengan en conflictos armados o acciones encaminadas a desestabilizar regímenes constitucionales”.

Como puede comprenderse, la inmunidad otorgada a las EMSP tuvo implicaciones muy hondas en el pueblo iraquí y en el mundo<sup>896</sup>. Por otro lado, desde los acontecimientos en la cárcel de Abu Ghraib<sup>897</sup>, la pérdida de autoridad moral de Estados Unidos ante la Comunidad Internacional ha ido en constante aumento<sup>898</sup>, lo que nos conduce a analizar más en profundidad el Derecho estadounidense desde una perspectiva filosófico-jurídica relacionada con los casos difíciles, como la decisión de Ricardo Urbina de 2009 en el asunto *Blackwater*.

## **VII.B. La teoría jurídico-filosófica en casos difíciles de Dworkin, y su relación con la teoría de Gordon en el Derecho estadounidense**

Ronald Dworkin, considerado como uno de los principales exponentes de la filosofía jurídica anglosajona contemporánea, ha examinado a fondo la interpretación del Derecho justamente desde la óptica del caso concreto<sup>899</sup>.

Su propuesta se centra en qué tipo de cuestiones tienen que atender los magistrados como aplicadores del Derecho, las cuales serían -sin importar un orden jerárquico- la filosofía del Derecho, las pruebas, el diseño de las normas, la moral y el Derecho que deberá ser aplicado, siendo factor decisivo en este último caso la interpretación judicial de los magistrados<sup>900</sup>.

El método de Dworkin analiza cómo se puede justificar de forma adecuada cada decisión judicial ante la doctrina. Para comenzar, el Derecho para Dworkin se fundamenta en varios criterios, los cuales derivan en desacuerdos teórico-

---

<sup>896</sup> Miguel GARCÍA REYES y Gerardo RONQUILLO, *Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración geopolítica*, Plaza y Valdés, México, 2005, pp. 53-56. En palabras muy descriptivas, “Descubrimos que la libertad en esta tierra no es nuestra, es la libertad de los soldados ocupantes para hacer lo que quieran. Abusar de las mujeres, los niños, los hombres, los ancianos y las ancianas que arrestaban al azar y sin ser culpables de nada. Nadie puede preguntarles que están haciendo, porque están amparados por su libertad. Nadie puede castigarlos, ni en nuestro país ni en el de ellos. Expresan su libertad para violar, su libertad para desnudar, y su libertad para humillar”. Vid. Geoffrey ROBERTSON, *Crímenes contra la Humanidad*, Siglo XXI de España, Madrid, 2008, p. 573.

<sup>897</sup> Vid. Geoffrey ROBERTSON, *Crímenes contra la Humanidad*, op.cit., p. 500 y ss.

<sup>898</sup> Vid. Daniel DRACHE, *La ilusión continental. Seguridad fronteriza y búsqueda de una identidad norteamericana*, Siglo XXI, México, 2007, pp. 20-260.

<sup>899</sup> Ronald Myles Dworkin (1931-2013) ha sido un intelectual del Derecho estadounidense contemporáneo y uno de los más importantes pensadores dentro de la filosofía jurídica y política actual.

<sup>900</sup> Antonio José MUÑOZ GONZÁLEZ, “Casos Difíciles y Derecho como Integración. Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 3, 1999/2000, pp. 57-66.

metodológicos<sup>901</sup>. Dicho de otro modo, existen dos teorías que podrían responder a dichas discrepancias entre los magistrados en el momento de tratar un caso: éstas son la teoría semántica y la interpretativa. Dworkin defiende la interpretativa debido a que proporciona elementos que ayudan a investigar con mayor profundidad la diversidad de opiniones entre los magistrados.

El autor no se inclina por corrientes positivistas para solucionar cada caso, sino que propone una teoría general fundamentada en lo moral y lo filosófico dando como resultado una teoría de Derechos Individuales, sin los cuales no podría existir el Derecho. Se inclina por una metodología donde prevalezca una interpretación constructiva en la que el Juez muestre lo mejor del problema en cuestión ante la sociedad, pues considera que el Derecho es también una obra colectiva.

Otros autores, como Federico Puig Peña, consideran la interpretación como el camino más seguro para encontrar sentido o coherencia a las normas legales<sup>902</sup>. En el método de Dworkin, la evolución de las normas debe mantener el sentido y la finalidad de la ley. Así, la interpretación consiste en las siguientes etapas: La primera sería la preinterpretación o la antesala de la interpretación, donde se analizan los materiales y se caracteriza por ser la fase descriptiva, aunque implica cierto grado de interpretación. La siguiente es la etapa interpretativa -la más importante-, en donde el intérprete debe tener una teoría que pueda responder a las exigencias del material jurídico, de tal manera que sea posible comprobar la coherencia y la integridad en la aplicación del caso. La tercera fase puede denominarse la posinterpretativa o reformadora, donde ya se puede observar el objeto de estudio de la mejor forma. En los casos difíciles implica la transformación de la práctica interpretativa<sup>903</sup>. En este sentido, para Dworkin,

“un caso difícil es cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en la norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez, de acuerdo con esta teoría, tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido”<sup>904</sup>.

---

<sup>901</sup> Vid. Ronald DWORKIN, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, pp. 5-80.

<sup>902</sup> Federico PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 3-45.

<sup>903</sup> Antonio José MUÑOZ GONZÁLEZ, “Casos Difíciles y Derecho como Integración. Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin”, *op. cit.*, pp. 57-68.

<sup>904</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, p.392.

El autor señala, desde su perspectiva, que aún cuando ninguna ley previa pueda resolver un asunto, es indispensable que una de las partes gane el caso judicial –sentencia favorable-, e independientemente de la laguna jurídica, en ese momento el magistrado tendrá la obligación de forma objetiva de revelar qué posibles derechos tienen las partes en conflicto, sin crear derechos nuevos de forma retroactiva, pues lo contrario llevaría el conflicto a otra dimensión.

Considerando lo anterior, por primera ocasión y bajo el esquema de Dworkin, la decisión del juez Ricardo Urbina encontraba teóricamente una justificación; sin embargo, al confirmar la inmunidad de los acusados de Blackwater, estableció derechos que no se encuentran enumerados en la Constitución de Estados Unidos, sino en actos y pronunciamientos unilaterales de la Administración Bush en su lucha contra el terrorismo internacional.

Por esta razón, Dworkin señala que, debido a la complejidad que envuelve a los casos difíciles, la política predomina sobre lo jurídico, reflexión ésta que nos conduce a la conclusión de que la decisión del juez Urbina se sustentaba en premisas de corte político más que jurídico; es decir, este juez se remitió a un cálculo sobre la intención de la ley, más no propiamente a un razonamiento jurídico. Aún más, Dworkin señala que, para encontrar una salida a estos asuntos tan complejos, debe aplicarse una teoría política más que una doctrina jurídica, siempre y cuando en dicha proposición política exista una suposición política general capaz de poder justificar las acciones relacionadas con el caso.

Hay que retomar en este momento la teoría de Robert W. Gordon, quien argumentaba que el Derecho no puede aislarse de la Historia ni de las ciencias sociales, pues el Derecho debe considerar el enfoque histórico para así plantear teorías sustentables que expliquen una realidad concreta.

El Derecho estadounidense debe replantearse partiendo de esta visión filosófica, y apartarse de enfoques positivistas cerrados que no pueden interpretar las leyes de diversas formas. Dicho de otro modo, los constructivistas de la Constitución de Estados Unidos, si desean recuperar credibilidad ante su sociedad y el mundo, deben construir un Derecho con memoria histórica de corte humanístico, sin perder la esencia jurídica y la herencia política.



El método para los casos difíciles de Dworkin ha de ser recuperado y seriamente analizado por los magistrados, pues es una alternativa donde se puede sustentar la esencia de los derechos de las partes en conflicto; es decir, no puede haber una apertura ni discrecionalidad en la interpretación jurídica de tal calibre que lleve a un fallo judicial como la decisión judicial de 2009 en favor de la EMSP Blackwater. Dicha orden judicial sólo reconocía la parte del derecho a la inmunidad para los militares privados, pero rechazaba los derechos de las víctimas a ser recompensadas por los homicidios y agravios sufridos. Por esta razón, el método de Dworkin debe ser aún más considerado por los jueces, y aplicado con regularidad como una vía para fortalecer el Derecho estadounidense y todo el *Common Law*.

Cabe recordar que la metodología de Dworkin propone explicar la Constitución de Estados Unidos partiendo de la mejor interpretación disponible del texto y la práctica constitucional estadounidense. En esta interpretación constitucional debe considerarse la moralidad política, la cual es la fuente pura del Derecho. Esta postura de Dworkin puede fortalecer la moral de la que, como hemos visto, no goza el Derecho estadounidense y ahora menos con la aplicación de la Ley Patriótica, no obstante su fuerza imperial y global indiscutible.

Como consecuencia de esta fusión entre moral, política y derecho, Dworkin defiende la tesis del derecho como integridad, en el sentido de que existe una sola explicación de justicia y equidad, todo en un mismo lugar común. Este enfoque supone la mejor interpretación del Derecho al conjuntar, no sólo la interpretación del juez, sino también la doctrina legal de su comunidad. Así, juez y comunidad se unen haciendo posible la equidad y la justicia. Esta premisa, llevada a la decisión judicial del juez Urbina que nos ocupa, nos señala lo esencial que es la relación entre el pueblo y el Derecho. Dicho de otro modo, no puede haber una ley sin tener el consentimiento del pueblo o la comunidad, como señala Dworkin<sup>905</sup>.

La decisión del juez Urbina dejaba a un lado esta integridad del Derecho, pues no sólo el propio gobierno de Estados Unidos rechazó dicho fallo judicial, sino también el conjunto de la sociedad de ese país. A nivel internacional, las más diversas

---

<sup>905</sup> Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, op.cit., pp. 5-60.

organizaciones (como la ONU o la ONG Amnistía Internacional) mantuvieron una actitud de desaprobación y rechazo hacia la decisión del Juez del Distrito de Washington<sup>906</sup>. Estaba claro que la inmunidad concedida a militares y la impunidad que ello suponía obstaculizaban la aplicación del Derecho.

Por todo lo anterior, el sistema jurídico estadounidense se encuentra inmerso en dificultades para dar respuesta a los grandes problemas de su sociedad, y por consiguiente de la comunidad internacional. El análisis de Dworkin propone que los magistrados y abogados estadounidenses en general retomen el respeto al método jurídico en sus aspectos tanto formal como material<sup>907</sup>.

En la actualidad, podríamos considerar que la Ley Patriótica de la Administración Bush se encuentra muy lejos de ser considerada como una legislación que integre la equidad y la justicia en un solo lugar, porque si bien en un momento determinado dicha Ley contó con la aprobación de la sociedad estadounidense, esa unión (pueblo-gobierno) no ha podido mantenerse<sup>908</sup>. La estela de muerte y destrucción dejada en Irak y la prolongación del conflicto, así como la inmunidad otorgada a actos contrarios contra el Derecho internacional<sup>909</sup>, han convertido a la Ley Patriótica de 2001 en inconstitucional desde la perspectiva del método de Ronald Dworkin, cuya propuesta es controvertida y debatible, pero que sí invita a la reflexión desde el análisis filosófico, político y jurídico en los albores del siglo XXI.

### **VII.C. La decisión judicial de Ricardo Urbina en el caso *Blackwater* y la falta de un marco teórico para la parte general del Derecho penal en el *Common Law* estadounidense**

La orden judicial emitida en diciembre de 2009 por el juez Ricardo M. Urbina en relación con los implicados de Blackwater sacó a la luz los grandes debates que han existido en el *Common Law*, particularmente en el Derecho penal estadounidense y en

---

<sup>906</sup> Vid. Amnistía Internacional, *Informe Anual 2009: el estado de los derechos humanos en el mundo*, p. 237.

<sup>907</sup> Manuel CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico*, Tecnos, Madrid, 1994, pp.68-70.

<sup>908</sup> Sobre los efectos de la Ley Patriótica en la sociedad estadounidense véase, por ejemplo, Ronald DWORKIN, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, op. cit., pp. 5-78.

<sup>909</sup> Recordemos que la lucha contra el terrorismo también es un objetivo de la comunidad internacional, pero sin conculcar los derechos de los ciudadanos. Así, por ejemplo, el Secretario General de la ONU presentó un informe en 2004 para combatir el terrorismo internacional -documento de Naciones Unidas A/59/565, de 2 de diciembre de 2004-.

el Derecho penal inglés. Uno de estos cuestionamientos se refiere a la facultad de los jueces para crear tanto derechos como delitos. George P. Fletcher, por ejemplo, plantea que en el Derecho penal estadounidense se pueden crear delitos (*statutory crimes*), pero que todo dependerá de la aplicación del principio de legalidad y del lenguaje legal, para poder prever en la ley penal todos los casos posibles<sup>910</sup>. Herbert L.A. Hart, por su parte, defiende la tesis de que los jueces crean derecho, con su teoría del *positivismo suave*; Hart comenta que subsisten casos difíciles para los que no existe una ley aplicable, por lo que los magistrados deben recurrir primordialmente a la discrecionalidad para resolver la cuestión<sup>911</sup>.

En este sentido, y relacionando dicha problemática con la decisión del juez Ricardo M. Urbina de rechazar todos los cargos contra los acusados de la empresa Blackwater debido a la violación de sus derechos, en dicha orden judicial se omitió indicar a qué clase de derechos fundamentales se refería, pues, como hemos analizado, la inmunidad como derecho sólo se aplica a ciertos sujetos y en circunstancias reconocidas por el Derecho internacional.

Por ello, cabe preguntarse si los jueces pueden crear derechos y por tanto delitos, aun cuando éstos no se encuentren tipificados por las fuentes del Derecho estadounidense. Es esencial analizar esta cuestión si se quiere construir un marco teórico para la parte general del Derecho penal en Estados Unidos, y aún más, si el gobierno intenta regular las ESP/EMSP con medidas más estrictas y que les garanticen, en caso de estar implicadas en alguna demanda penal, conocer las posibles sanciones que se les impondrían, así como el consiguiente efecto internacional.

Ahora bien, en el Derecho Penal del *Common Law* es muy complejo crear derechos debido a que en el sistema jurídico anglosajón, tanto de Estados Unidos como del Reino Unido, no existe una propuesta teórica de la Parte General del Derecho Penal, pues

---

<sup>910</sup> Véanse George P. FLETCHER, *Replanteamiento del Derecho Penal*, Little Brown, Boston, 1978, p. 20 y ss.; e ídem, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 25 y ss.

<sup>911</sup> Véanse las siguientes obras de Herbert Lionel A. HART: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961; *Law, Liberty and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1963; *De las leyes en general*, Clarendon Press, Oxford, 1970.

predomina lo que Manuel Altava llama “pragmatismo empírico” aplicado al caso concreto<sup>912</sup>, reforzado desde 2001 con la Ley Patriótica.

En Estados Unidos se aplica el Derecho legislado (*Statute Law*), cuya fuente primaria es, como hemos señalado, la Constitución de Estados Unidos y la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*)<sup>913</sup>. A ellos se suma el movimiento codificador en la mayoría de los campos del Derecho<sup>914</sup>: así, existen códigos de leyes tanto en el marco federal como en los diversos Estados de la Unión Americana.

En cuanto a la creación de delitos por parte de los jueces, ha habido dificultades a la hora de aplicar en el sistema judicial estadounidense tanto el principio de legalidad -o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*- como el principio *Judge Made Law* -bajo el cual los jueces mantienen la potestad de crear o redefinir principalmente las infracciones-<sup>915</sup>; esto es, que no han disfrutado de compatibilidad completa con el Derecho estadounidense.

El *Common Law* inglés, en cambio, presentó un avance sustancial en este sentido en el asunto *Shaw vs. Director of Public Prosecutions* de 1962<sup>916</sup>, donde polémicamente se estableció por la jurisprudencia británica que los magistrados podían crear derechos. Sin embargo, entre 1971 y 1972 en el caso *Knulier*<sup>917</sup> se negó que los jueces tuvieran autoridad para instaurar infracciones nuevas, aunque se mantenían vigentes los delitos creados por precedentes anteriores<sup>918</sup>.

Esta problemática todavía puede percibirse, y se puede observar mejor cuando se interpreta la ley. Para los magistrados, resulta sumamente complejo tratar de interpretar las normas aplicables al caso concreto precisamente en la ley penal, pues cambia de

---

<sup>912</sup> Vid. Manuel Guillermo ALTAVA LAVALL (coord.), *Lecciones de Derecho Comparado*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2003, pp. 255-260.

<sup>913</sup> Vid. Michael BURGAN, *The Bill of Rights*, Compass Point Books, Minneapolis, 2002, pp. 29-38.

<sup>914</sup> Vid. Oliver WENDELL HOLMES, *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, pp. 2-67.

<sup>915</sup> Vid. Luis Antonio MUÑOZ MIER, *Introducción al derecho penal estadounidense*, Instituto Tecnológico de Monterrey (ITAM), México, 1998, pp. 10-50.

<sup>916</sup> Vid. sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 4 de mayo de 1961 en el caso *Shaw vs. Director of Public Prosecutions*, House of Lords [1962] A.C. 220.

<sup>917</sup> Sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 1972 en el caso *Knulier vs. Director of Public Prosecutions*, House of Lords, [1973] A.C. 435. Vid. <http://www.docs-finder.com/knuller-v-dpp-2.html>

<sup>918</sup> Vid. Manuel Guillermo ALTAVA LAVALL (coord), *Lecciones de Derecho Comparado*, op.cit., p. 263.

forma sorpresiva dependiendo de si la ley tipifica un nuevo delito o si delimita un derecho en el *Common Law*. Es una cuestión de fondo que va más allá de aplicar ciertos principios conocidos desde el antiguo y tradicional *Common Law*, como el principio de la interpretación estricta de la ley y la regla de que no deben aplicarse leyes imprecisas o poco conocidas en los casos difíciles (*felonies*). Estas manifestaciones son conocidas como “afirmaciones *obiter dicta*”, y son utilizadas cuando un juez señala sus puntos de vista sobre un tema conocido con el objeto de buscar una analogía que evite interpretaciones erróneas o poco convencionales. De esta forma, una afirmación *obiter dicta* permite a un magistrado del Tribunal Supremo expresar sus pensamientos filosóficos o de otra índole con mayor libertad y acción, independientemente de que dicha afirmación no sea necesaria para la solución del litigio. Además, las afirmaciones *obiter dicta* todavía existen en la doctrina jurídica del *Common Law* estadounidense<sup>919</sup>.

Para Muñoz Mier, en el Derecho estadounidense existe todo un proceso formal para determinar derechos y delitos<sup>920</sup>. Dentro de este procedimiento se encontraría la institución del precedente judicial, ahora traída como punto de conflicto actual del Derecho estadounidense ante la polémica decisión del Juez Urbina en el caso *Blackwater* de conceder derechos civiles a militares y, al mismo tiempo, determinar nuevos delitos, situación ésta que nos conduce a formular la siguiente pregunta: ¿podría convertirse la decisión judicial favorable a los contratistas de Blackwater en precedente *sui generis* dentro del Derecho estadounidense en el futuro?

Para poder dar contestación a esta cuestión anterior, pasemos a analizar algunas premisas que han sido establecidas en el Derecho estadounidense. En él, el precedente no se adquiere con suma rapidez, pues va a depender de varios factores: en primera instancia, de la sabiduría implícita recogida en la decisión judicial; y en segundo término, de una distinción teórica contenida en la argumentación.

El precedente jurisprudencial se produce y mantiene con el transcurso de los años, del mismo modo que el principio esencial de la jerarquía judicial mantiene su vigencia por tiempo indeterminado. De conformidad con este principio, los magistrados se consideran vinculados por sus propias resoluciones y por aquellas decisiones que han

---

<sup>919</sup> Véase por ejemplo André TUNC y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1957, pp. 248-274.

<sup>920</sup> Vid. Luis Antonio MUÑOZ MIER, *Introducción al derecho penal estadounidense*, op. cit., pp. 10-50.

sido adoptadas por otros tribunales de jerarquía superior. En virtud de esta regla general, los magistrados de órganos inferiores toman en consideración el precedente jurisprudencial sentado por los tribunales superiores para resolver los casos ante ellos planteados; esta regla es la *stare decisis*, o atenerse a las decisiones tomadas con anterioridad, como hemos mencionado en varias ocasiones en la presente investigación.

Sin embargo, este principio jerárquico jurisprudencial cada vez se debilita más en el sistema judicial estadounidense, debido a que los jueces de los Tribunales Supremos de cada uno de los cincuenta Estados no se sienten vinculados por la regla *stare decisis*, sino sólo por sus propios precedentes, por lo que pueden llegar a inhabilitar el ámbito de aplicación de este principio, e incluso modificar alguna resolución. Dicha negativa a seguir precedentes anteriores se debe a que el sistema jurídico estadounidense se encuentra en una constante búsqueda de la flexibilidad del precedente, convirtiéndolo en descentralizado. El derecho legislativo estadounidense no es estático, ni considera como punto de partida el pasado, sino que se fija constantemente en la evolución paralela de los principios jurídicos y las normas de la vida en sociedad.

En este sentido, Dale Beck Furnish señala que el sistema jurídico estadounidense se ha convertido en los últimos años en un régimen de derecho positivo y de normas concretas, pues casi nunca se encuentra un fallo fundamentado o sustentado en la jurisprudencia del *Common Law* en su sentido preciso, sino que se considera por lo general la aplicación de normas legislativas<sup>921</sup>.

Aun más, en la época actual los magistrados estadounidenses asumen una actitud propia frente a los problemas sociales, la libertad, el derecho o la administración de poderes. Dicho de otro modo, los magistrados de Estados Unidos hacen el Derecho, creando nuevas líneas de conducta, incluso adoptando resoluciones más extensas que hace décadas en las cuales se percibe su posición personal. Por este motivo, el *stare decisis* en el sistema judicial no puede ser considerado actualmente como una variable independiente en el Derecho estadounidense<sup>922</sup>.

---

<sup>921</sup> Dale Beck FURNISH, "Fuentes del derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law", *op. cit.*, pp. 75-110.

<sup>922</sup> Néstor Raúl LONDOÑO, "La obligatoriedad de los principios del derecho en el *common law* de Estados Unidos", *Revista de Ciencias Políticas y Sociales* (Medellín), vol. 36, número 106, enero-junio de 2007, pp. 55-68, en

El análisis y aplicación del precedente se realiza de forma moderada y casi nunca de forma dogmática, pues los jueces administran la justicia en nombre de una sociedad determinada y con ciertas características. Esto ha conducido a que los jueces estadounidenses reconozcan y apliquen distintos tipos de precedentes según cada caso:

- En el precedente vinculante o enlazado imponen el respeto de las autoridades gubernamentales a sus propias decisiones, y también vinculan las decisiones de los tribunales inferiores a las resoluciones de tribunales superiores.

- En el precedente persuasivo, al que también podríamos considerar libre, los magistrados de tribunales superiores no se sienten obligados por decisiones que provienen de tribunales inferiores, o bien se trata de decisiones adoptadas por una autoridad estatal que no vinculan a las decisiones de otra, aunque sí pueden tener autoridad moral.

Así, la situación del *stare decisis* en Estados Unidos es compleja y no uniforme. Los jueces estadounidenses tratan de imponer un supuesto equilibrio entre un argumento sustentado en la rápida adaptación a los cambios sociales y el respeto a las resoluciones judiciales tradicionales<sup>923</sup>. Por ello, es difícil saber si los precedentes judiciales se mantendrán como tales en el Derecho estadounidense.

Por otro lado, esto hace necesario la construcción de un marco teórico del derecho penal estadounidense, pues es preciso aportar nuevas directrices que puedan responder a los desafíos con los que se enfrenta este ordenamiento jurídico ante la llegada y creciente fortalecimiento de las EMSP. Por esta razón, vamos a proponer una doctrina del *stare decisis* capaz de afrontar dichas problemáticas.

---

[http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo\\_busqueda=EJEMPLAR&revista\\_busqueda=10980&clave\\_busqueda=165267](http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=10980&clave_busqueda=165267)

<sup>923</sup> Néstor Raúl LONDOÑO, “La obligatoriedad de los principios del derecho en el *common law* de Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 66-68.

#### **VII.D. El *stare decisis transversal o cruzado*: una propuesta para fortalecer el Derecho estadounidense ante la debilidad causada por su escasa jurisprudencia sobre las ESP/EMSP**

Ante el escaso desarrollo del precedente relacionado con las ESP/EMSP<sup>924</sup> en los ordenamientos penal y procesal estadounidenses, es necesario crear una doctrina del *stare decisis* apropiada para tratar dicho fenómeno. Se trataría de un precedente transversal o cruzado entre el *stare decisis* horizontal –que son los precedentes del Tribunal Supremo, cuyo poder es capaz de cuestionar la fuerza de esta doctrina jurisprudencial-, y el *stare decisis* vertical, que, como hemos señalado, surge cuando una Corte de nivel inferior desconoce o no se siente obligada por un precedente en principio vinculante y se presenta con una actitud de cierta autonomía, en un inicio frente a otros tribunales de su mismo nivel<sup>925</sup>.

Sin embargo, es hacia los tribunales superiores donde demuestra su fuerza en la toma de decisiones. También es considerado como un acto de rebeldía de los tribunales de nivel inferior frente a los superiores, especialmente frente al Tribunal Supremo. El *stare decisis* vertical rechaza por lo general la aplicación absoluta de rangos entre tribunales.

Si observamos nuevamente el argumento del juez del Distrito de Columbia (Washington D.F.), su decisión de denegar todos los cargos contra los acusados de Blackwater se centró de forma estricta y originalista en el *stare decisis* vertical, pues no consideró la doctrina *stare decisis* de otros Distritos al no considerarlos superiores. Esta decisión de Ricardo Urbina es controvertida desde el punto de vista de la teoría clásica de la regla del *stare decisis* en Estados Unidos, según la cual,

“una decisión maduramente reflexionada, sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio, se convierte en regla para un caso semejante, porque constituye la prueba más segura que se puede tener del derecho aplicable al caso; los jueces deben seguir esta decisión mientras la regla no sea cambiada, a no ser que se pruebe que el derecho ha sido mal comprendido o mal aplicado en el caso particular”<sup>926</sup>.

---

<sup>924</sup> Vid. Benjamin PERRIN, “Promover el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas”, *International Review of the Red Cross*, n° 863, septiembre 2006, pp. 308-320.

<sup>925</sup> Ugo MATTEI, *Common Law. Il Diritto anglo-americano (Trattato di Diritto Comparato)*, Utet, Turín, 1992, pp. 3-49.

<sup>926</sup> James KENT, *Commentaries on American Law*, Halsted, Nueva York, 1826, vol.1, p.475. Ahora bien, “la decisión sobre un punto *de hecho* no tiene jamás fuerza de precedente; sólo puede tener fuerza de precedente la decisión adoptada sobre un punto *de derecho*” (cursiva añadida), y además es necesario que



Por ahora el único caso parecido al de los acusados de Blackwater ha sido el asunto *Unocal*, cuya sentencia a favor de las víctimas resaltó la responsabilidad civil de las empresas privadas en el Derecho internacional (recordando el análisis de Morgeland y Saura Estapà)<sup>927</sup>.

Se necesita entonces una doctrina del *stare decisis* transversal o cruzado que consiga imponerse al *stare decisis* vertical y, por otro lado, logre captar la atención del *stare decisis* horizontal, con la finalidad de crear una doctrina jurisprudencial dedicada únicamente al análisis de las ESP/EMSP. En este sentido, si bien es cierto que la decisión de 2009 en el caso *Blackwater* disminuyó sensiblemente la posibilidad de llevar a juicio a las ESP/EMSP o a su personal, ésta ha sido rechazada por el tribunal de apelaciones, y veremos si las decisiones judiciales que se adopten pueden constituir un precedente. La doctrina jurisprudencial que pueda derivarse a partir de ahí debe ser un precedente propositivo con carácter evolutivo, que responda a circunstancias determinadas. De esta manera, se podría presionar a estos nuevos actores, no estatales, cuyo poder ha traspasado los márgenes de acción del Derecho estadounidense y el Derecho internacional. Todo ello hace necesario buscar o reforzar formas y principios del proceso penal estadounidense que permitan a jueces y fiscales asumir una responsabilidad más objetiva cuando en una demanda se encuentre involucrado personal de las ESP/EMSP, cuyo poder político y económico es inmenso. Por ello, se propone que, constituyendo el *prosecutor* (fiscal) y el principio de discrecionalidad elementos fundamentales del sistema judicial penal estadounidense<sup>928</sup>, éstos podrían ser utilizados para contrarrestar la impunidad con la que actúan las ESP/EMSP.

El grado de discreción concedido a los fiscales, tanto a nivel estatal como federal, podría crear una doctrina “persecutoria total y continua” contra las EMSP con alto

---

el punto de derecho así decidido “haya sido originado por el litigio”, como han precisado André TUNC y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, op. cit., p. 251.

<sup>927</sup> Véase el apartado V.A. “La ATCA de 1789” de este trabajo de investigación, *supra*; y la sentencia del Tribunal de Apelaciones -Circuito Noveno- de 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal Corporation*, 395. F. 3d. 932, vol. 1 y II, pp.14187-14269.

<sup>928</sup> En el sistema judicial estadounidense no se aplica la categoría de “principio de oportunidad”, sino el concepto de “discreción” en la función persecutoria o “discreción” del fiscal. Vid. Abraham S. GOLDSTEIN, *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 13 y ss.

grado de eficacia<sup>929</sup>. Dado que la legislación estadounidense no contiene reglas específicas que determinen criterios de procesamiento para perseguir ciertos delitos<sup>930</sup>, sería conveniente que, cuando se trate de una ESP/EMSP y su personal, tales parámetros fueran incluidos en el Manual del Fiscal Federal (*United States Attorney Manual*)<sup>931</sup>. Este Manual es un documento interno dependiente del Departamento de Justicia, y como tal no tiene fuerza legal, pero establece pautas y políticas globales de persecución que deben ser aplicadas por los fiscales del Estado (*State's Attorney*). La regla 9-27.220 del Manual, por ejemplo, señala los motivos para decidir acerca del inicio del procesamiento<sup>932</sup>; y la regla 9-27.230 menciona claramente que, para determinar si existen elementos para procesar a algún sospechoso, se deben considerar todas las pruebas posibles así como las prioridades de la política criminal federal, la naturaleza y gravedad del delito, e incluso el grado de culpabilidad del autor del supuesto ilícito.

En este punto proponemos establecer criterios constitutivos de ciertos códigos de conducta con el objetivo de identificar rápidamente las violaciones en que incurran las ESP/EMSP o su personal. Se trataría de aprovechar el grado de autonomía con que actúan los fiscales, desde la perspectiva de construir un marco político-criminal que disminuya el grado de impunidad de las actividades de las ESP/EMSP, así como la emergencia de establecer pautas concretas que permitan obtener cierto grado de coherencia en la política procesal penal de Estados Unidos. Este posible reglamento teórico debería ser incorporado a la regla 9-277.220 (A) del Manual del Fiscal Federal, la cual faculta a los fiscales federales para iniciar o recomendar el comienzo de un caso judicial. Por otra parte, al ser introducido en dicho Manual, el *prosecutor* general analizaría de inmediato las pruebas de dicho delito federal<sup>933</sup>.

---

<sup>929</sup> Vid. Wayne R. LAFAVE, "The Prosecutor's Discretion in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970, pp. 532-534.

<sup>930</sup> Vid. Gregory C. SISK, Michael F. LLONE, John MONTAGUE y Urban LESTER, *Litigation with the Federal Government*, The American Law Institute, Washington D.C., 2006, pp. 7-20.

<sup>931</sup> En inglés el *Federal Sentencing Guidelines Manual* (Manual de reglas federales para la determinación judicial de la pena) regula los criterios que el tribunal debe establecer para la adopción de una pena en un caso concreto.

<sup>932</sup> Vid. Alberto BOVINO, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", en *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, n° 2, 1997, p.35 y ss.

<sup>933</sup> Los poderes otorgados al Fiscal General en asuntos relativos a actividades terroristas son casi ilimitados, pues puede ordenar detener a una persona sin acusación previa. Véase así el artículo 412 de la Ley Patriótica de 2001.

La posible aprobación de estas medidas indispensables en el Manual por parte del Departamento de Justicia, significaría el comienzo formal de la regulación legal y administrativa de las ESP/EMSP, pues, de lo contrario, seguirán en una situación irregular dentro del sistema judicial estadounidense y en el Derecho internacional.

Ahora bien, la introducción de medidas regulatorias para las ESP/EMSP en tal Manual podría verse reforzada con el apoyo que ofrecen las fiscalías de distrito y diversos organismos, como la División Criminal del Departamento de Justicia, el F.B.I o la D.E.A (*Drug Enforcement Agency*)<sup>934</sup>. Cabe recordar a este respecto que, cuando se trata de ciertos delitos cometidos por importantes funcionarios del poder ejecutivo, la legislación federal asigna el asunto a un *prosecutor* especializado, quien actúa con independencia del poder ejecutivo; lo anterior facilitaría encontrar posibles responsables de alta jerarquía involucrados en demandas contra las ESP/EMSP.

En este planteamiento teórico, el fiscal de distrito debe ser confirmado como un agente del poder judicial para poder llevar adelante la investigación penal. Es decir, se trataría de implementar una doctrina donde el principio de división de poderes no represente un impedimento para que los fiscales tengan el control judicial de sus decisiones. En este sentido, Murray Garnick opinaba lo siguiente:

“Los autores han criticado el argumento brindado por los tribunales, destacando que el propósito del principio de división de poderes no consiste en aislar las acciones estatales peligrosas de las objeciones de los gobernados, sino en proteger a los gobernados de las acciones estatales peligrosas”<sup>935</sup>.

Se trata *grosso modo* de que el carácter ejecutivo asignado a la aplicación de la ley trabaje conjuntamente con la tarea persecutoria atribuida al fiscal, sin que exista una separación entre ellos y los demás poderes del Estado, pues la decisión de comenzar investigaciones de tipo penal es una de las facultades esenciales ejercidas por los fiscales<sup>936</sup>.

Con esta atribución y discrecionalidad el fiscal del Estado podría conocer a fondo la problemática de las ESP/EMSP. Esto es fundamental, porque en un momento

---

<sup>934</sup> Vid. United States General Accounting Office, *DEA's mobile enforcement teams steps taken to enhance program management*, Diane Publishing, julio de 2001, pp. 12-27.

<sup>935</sup> Vid. Murray R. GARNICK, “Two Models of Prosecutorial Vindictiveness”, en *Georgia Law Review*, vol. 17, 1983, p. 471.

<sup>936</sup> Vid. André TUNC y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, op. cit, pp. 253-257.

determinado el fiscal del Estado podría establecer mecanismos para que las ESP/EMSP se ajusten a la legalidad, y se adapten al Derecho estadounidense. Reiteramos que el principio de discrecionalidad o de oportunidad le otorga al *prosecutor* una facultad ilimitada, pues decide qué cargos formula, cuando los formula y donde los formula. La discrecionalidad otorgada a los fiscales para perseguir penalmente es un elemento determinante en la estructura judicial estadounidense. A nivel internacional, traería como consecuencia la posible aplicación del Documento de Montreux de 2008, que aunque no es de carácter vinculante, podría verse habilitado al verse las ESP/EMSP condicionadas a cumplir con la ley, de conformidad con lo establecido en esta materia por el *prosecutor* y el Manual.

De esta manera, estaríamos entonces en la antesala de una posible regulación de las ESP/EMSP desde el principal país de origen, Estados Unidos, y desde este país a la escala internacional. En este sentido, Horacio Andaluz ha señalado que “el derecho interno y el internacional se angostan (estrecha) progresivamente, en la medida que el último se centraliza”<sup>937</sup>. Para dicho autor, esta centralización del derecho resulta fundamental para garantizar la paz.

En cuanto a los tribunales, éstos también podrían ejercer presión sobre las ESP/EMSP, principalmente cuando se encuentran en la situación de controlar la decisión del fiscal y, por tanto, de limitar su poder de discrecionalidad. Se trata de los casos conocidos en el *Common Law* como “procesamiento selectivo” (*selective prosecution*) y “procesamiento vindicativo” (*vindictive prosecution*). La competencia de poder controlar un procesamiento selectivo y coherente se establece en la cláusula constitucional de igualdad ante la ley (*equal protection of the laws clause*).

De conformidad con el caso *Wayte vs. United States*, el Tribunal Supremo estableció que el procesamiento podría ser selectivo si se demostrara que los imputados han sido tratados de forma distinta y discriminatoria con respecto a otras personas que estaban en circunstancias similares, es decir, si su procesamiento se ha fundamentado en motivos de sexo, religión, raza, etc.<sup>938</sup>.

---

<sup>937</sup> Vid. Horacio ANDALUZ, *Positivismo normativo y Derecho internacional*, Plural editores, La Paz, 2005, p. 191.

<sup>938</sup> Sentencia de 19 de marzo de 1985 en el caso *Wayte vs. United States* (470 U.S. 598).

Teniendo como fondo este precedente, los tribunales podrían controlar las decisiones del fiscal, sobre todo si el conflicto se encuentra relacionado con posibles violaciones a los Derechos Humanos por parte de las ESP/EMSP; esto es fundamental si se desea regular este tipo de empresas. Recordemos que sus funciones resultan sumamente complejas, pues conservan su *modus operandi* aunque actúen en un Estado extranjero (Irak y Afganistán, por ejemplo)<sup>939</sup>.

En cuanto al procesamiento vindicativo, su ámbito de aplicación es más limitado para el tribunal, pues depende de la voluntad del fiscal para admitir argumentos, pero de cualquier manera representa una vía para poder intervenir en las decisiones de los fiscales en el Tribunal Supremo<sup>940</sup>. Al respecto, Nicolás Cabezudo señala que en términos generales, aunque el magistrado cierre o termine el caso, esto no reemplaza el juicio discrecional del fiscal, ya que el magistrado carece de discreción para investigar penalmente de manera discriminatoria<sup>941</sup>. En todo caso, se trata de dar legitimidad y legalidad a las acciones tanto del juez como del fiscal en el juicio de oportunidad<sup>942</sup>. En el marco teórico propuesto, también es indispensable que el juez federal recupere fuerza en la discrecionalidad (principio de oportunidad), como un punto de reflexión actual del sistema judicial estadounidense, ahora reforzado con la aplicación de la Ley Patriótica<sup>943</sup>.

De hecho, la reforma actual en el Derecho procesal penal gira, por un lado, sobre el grado de autonomía del fiscal y su relación con los tres poderes del Estado<sup>944</sup>, considerando la imposibilidad de que se convierta en un órgano independiente o ajeno

---

<sup>939</sup> Vid. Harald WELZER, *Guerras Climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Katz, Madrid, 2010, p. 161 y ss.

<sup>940</sup> Veáanse las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1974 en el caso *Blackledge vs. Perry* (417 U.S. 21); de 18 de enero de 1978 en el caso *Bordenkircher vs. Hayes* (434 U.S. 357); y de 18 de junio de 1982 en el caso *United States vs. Goodwin* (457 U.S. 368).

<sup>941</sup> Vid. Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996, pp. 5-100.

<sup>942</sup> Vid. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, “Experiencias de Derecho comparado sobre la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal”, en Juan Luis GÓMEZ COLOMER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pp. 459-498.

<sup>943</sup> Vid. Alberto BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 6-78.

<sup>944</sup> La figura del Fiscal estadounidense está cambiando en respuesta a los problemas emergentes de delincuencia, las presiones políticas, y los avances en el control y prevención del delito. Vid. John L. WORRALL y M. Elaine NUGENT-BORAKOVE, *The Changing Role of the American Prosecutor*, State University of New York Press, Nueva York, 2008, p. 3-5.

al Estado y, por otro lado, sobre la ampliación de sus facultades de acuerdo con el principio de discrecionalidad.

Otro punto de mejora correspondería al Congreso, pues es esencial que decida y apruebe cuáles comportamientos podrían ser efectivamente criminalizados en el sistema judicial; esto es importante porque ayudaría a limitar el poder discrecional e ilimitado de los fiscales<sup>945</sup>, ya que la capacidad negociadora del fiscal sigue siendo un rasgo esencial de la actividad persecutoria<sup>946</sup>, e influye de forma determinante en la estructura del procedimiento penal estadounidense<sup>947</sup>.

En este marco teórico, la finalidad es que el procedimiento mantenga eficiencia y costos no muy altos para la justicia estadounidense, pues las sanciones son severas en el Derecho penal sustantivo de Estados Unidos<sup>948</sup>. En consecuencia, proponemos aplicar el *plea bargaining*.

#### **VII.E. El *Plea Bargaining* y el *Plea Agreement*: su utilización en casos relacionados con las ESP/EMSP**

También se propone que los fiscales fortalezcan y actualicen el *plea bargaining*<sup>949</sup> y el *plea agreement* (la negociación)<sup>950</sup>, para controlar en el ámbito judicial al personal de

---

<sup>945</sup> En su sentencia de 29 de junio de 1988 en el caso *Morrison vs. Olson* (487 U.S. 654, en p.691) 108 S. Ct. 2597; 101 L. Ed. 2d 569; 1988 U.S. Lexis 3034; 56 U.S.L.W. 4835, el Tribunal Supremo determinó, en relación con el poder otorgado a los fiscales, que las funciones del fiscal independiente son también funciones ejecutivas, en el sentido de que se dedica a la aplicación de las leyes penales.

<sup>946</sup> Vid. John H. LANGBEIN, “The Origins of Public Prosecution at Common Law”, *American Journal of Legal History*, vol. 17, 1973, pp. 313-314.

<sup>947</sup> Vid. Alberto BIANCHI, *op.cit.*, pp.6-78.

<sup>948</sup> Así por ejemplo, el proceso penal estadounidense puede consultarse en Silvia BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 36-89.

<sup>949</sup> Al respecto, Beatriz Sanjurjo ha indicado que el *plea bargaining* resulta esencial cuando se decide el *bench trial*. Desde su perspectiva y opinión, el *plea bargaining* consistiría en la renuncia por parte del imputado a que su posible culpabilidad sea decidida por un jurado, atribuyendo el protagonismo al tribunal técnico, sin que ello implique para el acusado dejar de tener sus derechos constitucionales, como el derecho a no autoincriminarse, o bien, el derecho a confrontarse con los testigos de la acusación. Ante la complejidad que plantea el *plea bargaining*, algunos autores lo critican por inconstitucional o coercitivo (vid. por ejemplo, John H. LANGBEIN, “Torture and Plea Bargaining”, *University of Chicago Law Review*, vol.46, n°1, 1978, p.12 y ss.; Jorge Danilo CORREA SELAMÉ, “El Plea Bargaining” en <http://corporativojuridico.cl/index.php?sec=14&art=49>). Por ello, los legisladores elaboraron las llamadas sentencias-actas o las *Federal Sentencing Guidelines*, en noviembre de 1987. Vid. Beatriz SANJURJO REBOLLO, *Los jurados en USA y en España: dos contenidos distintos de la misma expresión*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 252.

<sup>950</sup> Vid. Stephen J. SCHULHOFER, “Plea Bargaining as Disaster”, *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, p. 1979 y ss.

las ESP/EMSP, cuyas estadísticas sobre infracciones de los Derechos Humanos, reiteramos, representan ya un grave problema en el Derecho internacional.

Ahora bien, el *plea bargaining* consiste en el acuerdo entre la defensa y el fiscal por el cual éste último recomienda al tribunal ciertas medidas, como por ejemplo, retirar alguna acusación de los delitos imputados, recomendando la sentencia más favorable al acusado (*leniency*); permitiendo al imputado declararse culpable de un delito menor; o bien modificando su participación en el delito<sup>951</sup>. Dicho de otro modo, en Estados Unidos, el *plea bargaining* es un acuerdo entre el Estado y el imputado, el cual es homologado por el juez de acuerdo con las Reglas Federales de Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*)<sup>952</sup>, promulgadas por el Tribunal Supremo. En general, puede decirse que el *plea bargaining* es una especie de juicio sin jurado<sup>953</sup>.

El Tribunal Supremo ha señalado que el *plea bargaining* es "inherente al Derecho penal y a su administración"<sup>954</sup>, y que la "disposición de los cargos a través de esta práctica no sólo es una parte esencial del procedimiento penal<sup>955</sup>, sino también una práctica altamente deseable por diversas razones"<sup>956</sup>: entre ellas, el aumento de la delincuencia organizada (tanto a nivel nacional como internacional), la introducción de formas de procedimiento penal abreviado, así como el consenso para hacer frente a un excesivo número de expedientes.

En cuanto al *plea agreement*<sup>957</sup>, se entiende que es la parte de negociación del *plea bargaining*<sup>958</sup>. Por ello, en nuestra investigación se propone que el *prosecutor* asuma un

---

<sup>951</sup> Vid. Roland SÉROUSSI, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 146-147.

<sup>952</sup> La Regla 11.e.2 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* obliga al Tribunal a obtener una versión oficial del acuerdo para anotar su registro, pero únicamente después de que las partes hayan alcanzado dicho acuerdo. Por su parte la Regla 11.c.1.b menciona que el acuerdo no es precisamente de carácter vinculante; y la Regla 11.c.1.c señala las condiciones para que el acuerdo propuesto pueda ser aprobado por las partes y sea vinculante.

<sup>953</sup> Vid. James E. BOND, *Plea Bargaining & Guilty Pleas*, Clark Boardman, Nueva York, 1983, p.15 y ss.

<sup>954</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1970 en el asunto *Brady vs. United States* (397 U.S. 742, en p.751). Vid. Douglas W. MAYNARD, *Inside Plea Bargaining. The Language of Negotiation*, Plenum Press, Nueva York, 1984, pp. 46-56; y Bruce P. SMITH, "Plea-Bargaining and the Eclipse of the Jury", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, 2005, pp. 131-135.

<sup>955</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 en el caso *Hughey vs. United States* (495 U.S. 411); en este caso se antepuso la discreción del fiscal a los derechos reconocidos legalmente a las víctimas.

<sup>956</sup> Sentencia de 20 de diciembre de 1971 en el caso *Santobello vs. New York* (404 U.S. 257, en p.261), 260, 92 S. Ct 495.

<sup>957</sup> El concepto es analizado, por ejemplo, en AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Criminal Antitrust Litigation Handbook*, 2ª ed., ABA Publishing, Chicago, 2006, pp.96-98.

papel de negociador capaz de lograr un acuerdo con el acusado y su defensa, donde el imputado se declare culpable (*plea of guilty*<sup>959</sup>), evitando así la celebración de un juicio y obteniendo el acusado una reducción en los cargos o una recomendación por parte del fiscal. En el ámbito que nos ocupa, los directivos de las ESP/EMSP parecen más dispuestos a incorporarse al *plea agreement* y llegar a un arreglo con el Estado (conforme al ATCA) antes que enfrentarse con juicios costosos e interminables. Además, recordemos que es el propio Estado el que promueve y contrata a las ESP/EMSP y, al mismo tiempo, impulsa la privatización de la guerra, con sus consecuentes efectos en el Derecho.

Por su parte, hay que resaltar que el porcentaje aproximado de condenas impuestas en los Estados Unidos tras una negociación supera el 90 por ciento del total de los casos judiciales<sup>960</sup>, según las estadísticas proporcionadas por el Departamento de Justicia<sup>961</sup>.

---

<sup>958</sup> Sobre las ventajas y desventajas del *plea bargaining* véase Grover CORNEJO, “El plea bargaining”, *Revista Arbitraje y Mediación*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 18 de enero de 2006, pp. 2-5, en [www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/bargaining.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/bargaining.php)

<sup>959</sup> Las declaraciones de culpabilidad, o “*pleas of guilty*”, se originaron en Inglaterra. A partir del siglo XX, en Estados Unidos se distinguió como un factor vital para la resolución de conflictos. Vid. Lawrence M. FRIEDMAN, “Plea Bargaining in Historical Perspective”, *Law & Society Review*, vol. 13, n° 2, 1979, pp. 257-258.

<sup>960</sup> Aproximadamente el noventa y cinco por ciento de los delitos son resueltos sin juicio, es decir, se impone condena por el *plea bargaining*. Vid. Nils CHRISTIE, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 142-144. En este contexto, Nicolás Rodríguez García señala algunas ventajas de la justicia negociada en Estados Unidos: “El acusado, en cuanto vea una pequeña posibilidad de ser condenado, intentará evitar a toda costa la celebración del *trial*, ya que podrá obtener una pena más leve que la que se supone recibiría en caso de celebrarse el juicio, amén de otra serie de concesiones por parte del fiscal (retirada de otros cargos, abstenerse de realizar alguna recomendación que pudiera endurecer la pena...)...; los *prosecutors* también quieren evitar el juicio, porque así se verán aliviados en su trabajo y reducirán el atasco de asuntos existente en los tribunales, al tiempo que evitan el riesgo de que el acusado pueda ser absuelto en el *trial*. Además, la colaboración del acusado puede ayudar al fiscal en el desempeño de su trabajo, ya que obtendrá evidencias y pruebas que permitirán resolver ése u otros casos, con lo que su imagen pública y sus porcentajes se mantendrán; para los defensores, porque con las *pleas* ahorran trabajo y dedicación al asunto, obtienen los mismos ingresos, y el tiempo ahorrado podrán dedicárselo a otros asuntos; y al fin y a la postre, han obtenido un buen acuerdo para su cliente...; para el Estado también hay ventajas: la imposición más rápida de la pena después de admitir la culpa el acusado puede ser más efectiva en conseguir los fines de la pena; al evitar el juicio, los escasos recursos judiciales y de la oficina del fiscal se conservan para aquellos otros casos en los que hay una duda sustancial en la culpabilidad del acusado o en los cuales se duda que el Estado pueda sostener la carga de la prueba, o delitos que causan una mayor alarma social. En definitiva, el *plea bargaining* es un procedimiento simple y rápido que va a favorecer el desarrollo del principio de economía procesal, y que va a permitir la pronta definición y la resolución de la mayoría de los procesos penales, con lo que beneficia tanto económica como temporalmente a todos los participantes”. Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, “Aproximación al estudio de la justicia penal negociada de los EE.UU.: The Plea Bargaining Process”, *Revista Española de Estudios Norteamericanos*, n° 9, 1995, p. 101; ídem, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 29-100; Nicolás CABEZUDO RODRIGUEZ, *El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, op. cit., pp. 67-78; Albert W. ALSCHULER, “Plea Bargaining and Its History”, en *Columbia Law Review*, vol. 79, n°1, 1979, pp. 1-43.



Partiendo de este contexto, proponemos que se instituya un *prosecutor* con capacidad para desarrollar un *plea agreement* con el personal de las ESP/EMSP –incluyendo sus directivos-<sup>962</sup> y, al mismo tiempo, verificar en todo momento la aceptación por el juez del *plea of guilty*<sup>963</sup>; esto podría llevarse a cabo mediante la filmación del *plea bargaining* por medio de cámaras de vídeo<sup>964</sup>, teléfonos móviles, o *tablets*<sup>965</sup>, es decir, con tecnología punta. La filmación daría lugar justamente a una negociación abierta, justa y equitativa<sup>966</sup>, sin secretismos ni actos unilaterales entre las partes<sup>967</sup>, y sería necesario legalizarla tanto en las Reglas Federales de Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) como en el Código de admisión de pruebas (*Federal Rules of Evidence*<sup>968</sup>), que contiene más de 70 reglas relativas al procedimiento sobre la

---

<sup>961</sup> Los datos se encuentran registrados en el *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* 1945-1990. El *plea bargaining* ha contribuido a reducir los índices de encarcelamiento. Con respecto al período 1990-1992, se señalaba lo siguiente “con una tasa de 504 presos por cada 100.000 habitantes (el total de personas encarceladas es de 1.252.719). Si a esta cifra le agregamos las personas bajo libertad condicional o cumpliendo pena de *probation*, arribamos a una tasa de 1.794 personas sometidas a control jurídico-penal por cada 100.000 habitantes (el total de personas sometidas a control penal es 4.454.360)”. Vid. Nils CHRISTIE, *La industria del control del delito*, op. cit., p. 82.

<sup>962</sup> La actuación del fiscal se fundamenta también en el principio del consenso, que es parte del *Common Law*. Ahora bien, se trata de que el fiscal asuma la responsabilidad tanto de la investigación como del procesamiento penal. Para los analistas en Derecho procesal estadounidense, esta participación tan extensa del fiscal asegura en cierto sentido la neutralidad del tribunal. Vid. Ángel BOVINO, op. cit. en [http://www.robertexto.com/archivo7/persec\\_penal.htm](http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm)

<sup>963</sup> El juez debe considerar “la determinación de la voluntariedad de la declaración. Esta determinación exige, en primer lugar, la obligación de que el juez tiene de cerciorarse de que el acusado es capaz de aceptar la *plea of guilty*, del mismo modo que el juicio tiene la responsabilidad de averiguar si el acusado es competente para estar en el juicio, ya que existiría una situación anómala si se estimará competente a un acusado para ir a un juicio, pero incompetente para comprender las ventajas de lenidad acordadas a cambio de su declaración de culpabilidad. Posteriormente el tribunal tiene la importante responsabilidad de determinar que la declaración sea *voluntary*, es decir, que para ser válida no debe ser producto de una *improper* coerción por los oficiales del gobierno; el acusado debe tomar libremente la decisión de declararse culpable, sin tener que estar sometido a violencias (físicas o mentales), coacciones, o amenazas”. Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, *Aproximación al estudio de la justicia penal negociada de los EE.UU.: The plea bargaining process*, op. cit., p. 98. Asimismo, el juez debe considerar las reglas establecidas en la *Criminal Justice Act* de 2003, donde se señala que el juez ha de conocer más de cerca la situación del acusado.

<sup>964</sup> Véase Bernd SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho Penal y Criminología*, vol.25, n°76, 2004, p. 194.

<sup>965</sup> Vid. verbigracia Marziah KARCH, *Android Tablets, made simple*, Apress, Nueva York, 2011, p. 81 y ss.

<sup>966</sup> “La teoría del sistema adversarial es que la verdad se encuentra como resultado de la contienda entre las dos partes adversas, la fiscalía -que a la vez representa a la sociedad- y la defensa. Sin embargo, la validez de la teoría puede depender del equilibrio entre las dos partes, tanto material como procesal”. Douglass CASSEL, “El sistema procesal penal de Estados Unidos”, en Marcel STORME y Cipriano GÓMEZ LARA (coord.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. IV: *Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación*, UNAM, México, 2005, p. 358, disponible en [www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf)

<sup>967</sup> Las investigaciones secretas y unilaterales no conducen a una averiguación de la verdad y la justicia. Véase Hermann WEGENER, Friedrich LÖSEL y Jochen HAISCH (eds.), *Criminal Behavior and the Justice System*, Springer, Nueva York, 1989, p. 181 y ss.

<sup>968</sup> Son aprobadas por el Tribunal Supremo, con autorización del Congreso, 28 U.S.C. 2072 (2003).

admisibilidad, *judicial notice*; la identificación de documentos, voces y escritura; y reglas a aplicar sobre originales y copia de documentos oficiales, grabaciones, fotos o imágenes. Esta reforma resulta indispensable en la era de Internet y la digitalización del Derecho pues, en este orden de ideas, la introducción de la tecnología aún es muy lenta y sin claridad en los conceptos<sup>969</sup>.

Dicha filmación debería comenzar con la llamada conversación previa entre la autoridad que toma la declaración y el acusado. Gracias a la filmación se podría reconocer y juzgar claramente el comportamiento y papel del *prosecutor*, la forma de presentarse el acusado y los argumentos de la defensa, los testigos de cargo y el juez, dando mayor credibilidad al *plea bargaining* y a la propia declaración inicial del acusado<sup>970</sup>.

El temor a que el *prosecutor* o la defensa pudieran utilizar la declaración del acusado, o bien del testigo para intimidarlo o inducirlo a errores se disiparía, sencillamente porque desde el inicio del *plea bargaining* éste estaría filmado con cámaras digitales. Se filmaría la declaración del acusado (en este caso, “los contratistas militares privados”<sup>971</sup>), el *plea agreement* entre el *prosecutor* federal y la defensa; la aceptación del *plea bargaining* por el juez; la declaración de los testigos (si los hubiera) tanto con la defensa como con el *prosecutor*; y por último el acuerdo final entre las partes teniendo como marco jurídico la ATCA (al ser ésta la vía jurídica más próxima a la problemática de las ESP/EMSP), todo ello sin pausa alguna y sin intervalos de tiempo. Dicho de otro modo, todo el *plea bargaining* sería grabado en un orden cronológico y secuencial, con imágenes en movimiento plasmadas en una cinta cinematográfica<sup>972</sup>,

---

<sup>969</sup> De acuerdo con las Reglas Federales de Procedimiento Penal, en la Enmienda *Subdivisiones (b) (11) y (12)*, “el término “teléfono” incluye tecnologías que permiten conversaciones en directo. Las llamadas realizadas por teléfono celular o desde un ordenador a través de Internet, por ejemplo, se incluirían. La definición se limita a la comunicación en vivo con el fin de asegurar la comunicación contemporánea, y excluye las grabaciones de voz. La comunicación de voz en vivo debe incluir servicios para personas con discapacidad auditiva, cuando sea necesario”. Vid. Cornell University, *LII. Copia de las Reglas Federales de Procedimiento Penal* (traducción propia).

<sup>970</sup> En cuanto a la filmación como parte de un principio procesal del juicio oral y elemento lícito de convicción, véase Cecilia POMAREDA y Jörg Alfred STIPPEL, *De la teoría a la práctica: el nuevo Código de Procedimiento Penal*, Plural editores, La Paz, 2002, p. 404.

<sup>971</sup> “Numerosas investigaciones empíricas han demostrado que el acta de declaración testimonial no reproduce inalteradamente el verdadero conocimiento del testigo como si fuera una fotografía, sino que se trata de un producto de interpretación, en cuyo contenido participa quien interroga, en la misma medida que quien declara”. Bernd SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho Penal y Criminología*, vol.25, n°76, 2004, p. 192.

<sup>972</sup> Así, por ejemplo, la película mexicana “*Presunto Culpable*” (2009) es un novedoso film que aborda la exhibición pública de la justicia por medio de una cámara de video, y ha obtenido numerosos reconocimientos (Premio al Mejor Documental, en el East and Film Festival, Londres 2010; Premio al

para luego introducirlo en Internet para su publicación y consulta. Recordemos que una de las razones por las que fueron desechadas las acusaciones contra los contratistas de Blackwater en 2009, fue precisamente la promesa de que sus declaraciones no iban a ser utilizadas en su contra por el *prosecutor*; lo que efectivamente sí ocurrió, siendo este incumplimiento parte de la argumentación central de la decisión del juez de Distrito R. Urbina, y después punto de debate en el seno de los tribunales superiores.

“Por consiguiente, la clave para la legitimización de un *plea bargaining* se encuentra en el reforzamiento de la posición jurídica del inculcado en la etapa de instrucción, sin el cual el *plea bargaining* funciona como mero procedimiento de extorsión y debería ser negado un equilibrio leal de los diferentes roles del procedimiento”<sup>973</sup>.

Así, según la presente propuesta, y en relación con las ESP/EMSP, el *plea bargaining* (o justicia negociada<sup>974</sup>) y el *plea agreement*, deberían ser filmados de forma instantánea<sup>975</sup>.

Reiteramos que, para comenzar esta nueva faceta del *plea bargaining*, las partes han de precisar con exactitud la existencia del hecho censurable, incluyendo la definición de “víctima de un crimen”, tal como establecen las *Federal Rules of Criminal Procedure* - Subdivisión b.11-, en el sentido de que “'víctima de un crimen' es una persona directamente perjudicada como resultado de la comisión de un delito federal”<sup>976</sup>. Esta definición permite a los tribunales estadounidenses tener competencia para iniciar cualquier investigación de los hechos relevantes, y por consiguiente de la ATCA, la base jurídica en la que más se apoyan las víctimas de actos de los “contratistas militares privados” de las ESP/EMSP.

---

Mejor Documental, en el Festival Internacional de Cine de Morelia 2009; al mejor largometraje, en el primer festival de cine político de Buenos Aires 2011; y Premio Emmy de la Academia Nacional de Artes y Ciencias de la Televisión de Estados Unidos, 2010).

<sup>973</sup> Cfr. Bernd SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho Penal y Criminología*, vol.25, n°76, 2004, pp. 196-197.

<sup>974</sup> Vid. George FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: a History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, 2003, pp. 10- 340.

<sup>975</sup> La filmación instantánea es fundamental en este tipo de pruebas jurídicas. Dicho de otro modo, la filmación instantánea es aquella que aún no ha sido modificada de su versión original. Vid. Antonio ACOSTA, *Saber ver el cine*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 49-60.

<sup>976</sup> En el Tribunal Supremo efectivamente han surgido polémicas sobre el concepto “víctima de un crimen”. Por ahora, los tribunales estadounidenses tienen la autoridad y la competencia para realizar cualquier investigación partiendo de lo que ellos consideren “víctima de un crimen”.

Por tanto, se trata de construir un *plea bargaining* con carácter exclusivamente federal, público<sup>977</sup>, visual, basado en casos difíciles (recordando el concepto utilizado por Dworkin<sup>978</sup>), para un sistema judicial estadounidense híbrido; cabe agregar que, además, deben fijarse la clase y el montante de la pena, pues son los factores que se presentan en el momento que un asunto va a juicio y sobre todo en el *plea bargaining*.

Es importante recordar que, en el caso judicial de referencia, el primer ensayo de *plea bargaining* se dio cuando la defensa de los acusados de Blackwater negoció por primera vez con los familiares de las víctimas<sup>979</sup>; sin embargo, no se produjeron resultados concretos ni claros<sup>980</sup>, debido precisamente a la falta de un marco jurídico y conceptual que regulara el *plea bargaining* e impulsara las negociaciones (*plea agreement*) tras haberse presentado la demanda, predominando en lugar de ello la incertidumbre, la falta de confianza, imprecisión de conceptos y secretismo en todo momento. En cuanto al Acuerdo alcanzado en enero de 2012 entre la EMSP y la abogada de las víctimas, éste tiene carácter estrictamente confidencial, por lo que la información es nula para poder analizar los términos de dicho “arreglo”, y nuestra propuesta en la presente investigación mantiene su plena validez tanto en los postulados jurídico-teóricos como prácticos.

Ahora bien, observamos con asombro cómo, cuando se trata de un soldado que pertenece de manera oficial al ejército y que ha cometido crímenes contra la población civil, el gobierno estadounidense se preocupa por indemnizar rápidamente a los familiares de las víctimas, como fue el caso del sargento estadounidense R. Bales acusado de haber asesinado a 17 civiles afganos el 11 de marzo de 2012<sup>981</sup>. Esto nos conduce a señalar que el Estado, aún en el actual proceso de privatización de la guerra, se preocupa por cuidar su imagen como principal monopolizador de la fuerza e

---

<sup>977</sup> El sistema estadounidense recoge las normas procesales penales contenidas en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los juicios públicos y rápidos -incluyendo las etapas preliminares del proceso-, como puede comprobarse en la Constitución de Estados Unidos. Vid. Douglas CASSEL, “El sistema procesal penal de Estados Unidos”, *op. cit.*, p. 365.

<sup>978</sup> Vid. Antonio José MUÑOZ GONZÁLEZ, “Casos Difíciles y Derecho como Integración. Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin”, *op.cit.*, pp. 57-66.

<sup>979</sup> Vid. Democracy Now, [www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive\\_family\\_members\\_of\\_slain\\_iraqis](http://www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive_family_members_of_slain_iraqis)

<sup>980</sup> La cantidad de más de 8 millones de dólares como indemnización para las víctimas iraquíes fue el principal punto de discusión y fricción entre las Partes, [www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive\\_family\\_members\\_of\\_slain\\_iraqis](http://www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive_family_members_of_slain_iraqis)

<sup>981</sup> Vid. *La Jornada*, “Indemniza EU a familias de 17 afganos asesinados”, por el que Estados Unidos entregaba 50.000 dólares por cada víctima y 11.000 dólares por cada herido -consultado el 26 de marzo de 2012-, en [www.jornada.unam.mx/2012/03/26/mundo/028n1mun](http://www.jornada.unam.mx/2012/03/26/mundo/028n1mun)

implementador de un sistema de justicia, pero cuando se trata de personal contratado por EMSP y éste comete crímenes, ese mismo Estado trata de alejarse de toda responsabilidad, confirmando así nuevamente la necesidad urgente de implementar mecanismos que reduzcan la impunidad con la que actúan las EMSP.

Atendiendo a esta problemática, proponemos la filmación del proceso de *sentencing bargaining*, pues resulta vital que las sentencias *plea bargaining* sean también filmadas, como parte de este propuesto *plea bargaining visual*<sup>982</sup>; así, aquéllos que asuman su responsabilidad directamente se encontrarán en otra posición durante el juicio. En este sentido, recordemos el caso del ex contratista de Blackwater Jeremy P. Ridgeway, quién inmediatamente se declaró culpable de homicidio voluntario, siguiendo la recomendación del *prosecutor*, y obtuvo de entrada una sentencia menos severa; pero si hubiera optado por el *plea bargaining*, seguramente el caso ya hubiera terminado (el expediente aún espera el fallo definitivo)<sup>983</sup>. De esta manera, podríamos asegurar que el fenómeno de las ESP/EMSP está colocando al *plea bargaining* en una nueva etapa dentro del sistema judicial del *Common Law*; es decir, estamos ante el *plea bargaining filmado y digitalizado* de la sociedad postmoderna<sup>984</sup>, sincronizado con la globalización estadounidense<sup>985</sup>.

Por otra parte, en los últimos años se emiten cada vez más videos por Internet que muestran “contratistas militares privados” (por ejemplo, de la EMSP Blackwater) en plena acción real durante las guerras de Irak y Afganistán<sup>986</sup>, y que podrían ser utilizados como pruebas por la fiscalía<sup>987</sup>. De esta manera, la era de Internet

---

<sup>982</sup> Vid. Beatriz SANJURJO REBOLLO, *Los jurados en USA y en España: dos contenidos distintos de la misma expresión*, op. cit., pp. 250- 251.

<sup>983</sup> Véase [www.expose-the-war-profiteers.org/DOD/iraq\\_II/blackwater\\_docs/criminal\\_case\\_II.htm](http://www.expose-the-war-profiteers.org/DOD/iraq_II/blackwater_docs/criminal_case_II.htm). Por otra parte, es importante informar que la Fiscalía federal de Washington desestimó en 2009 el cargo de homicidio voluntario contra el contratista militar privado Nicolas Slatten.

<sup>984</sup> La digitalización nos permite observar imágenes con mayor claridad y certeza. Vid. Elías SAID HUNG, *Transformaciones comunicativas en la era digital. Hacia el apagón analógico*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2009, pp. 5-18.

<sup>985</sup> Vid. José Luis OROZCO (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?*, UNAM-Fontamara, México, 2007, p. 11 y ss.

<sup>986</sup> Por ejemplo, un video sobre cómo Marines de Estados Unidos orinan sobre víctimas afganas fue difundido por Internet el 12 de enero de 2012; al respecto, la Infantería de Marina ya abrió una investigación sobre la veracidad de ese video *amateur* (“los culpables deben ser castigados con toda la extensión que permita el Código Uniforme de Justicia Militar y las leyes estadounidenses, sentenció el Consejo de Relaciones Estadounidenses e Islámicas en una Carta al Secretario de Defensa, Leon Panetta.”. Vid. [www.zonafranca.mx/indigna-video-donde-marines-de-eua-orinan-sobre-cadaveres-de-afganos/](http://www.zonafranca.mx/indigna-video-donde-marines-de-eua-orinan-sobre-cadaveres-de-afganos/)

<sup>987</sup> De hecho, una de las medidas adoptadas tras los sangrientos acontecimientos del 16 de septiembre de 2007 en Bagdad, consiste en asegurarse de que cada convoy perteneciente a una EMSP vaya acompañado

indudablemente abre un espacio que el derecho procesal penal no ha previsto ni regulado, y del cual debe tomar ventaja el propuesto *plea bargaining* visual, electrónico, digitalizado e instantáneo, sobre todo ahora que las sociedades o Estados de derecho pueden beneficiarse de un procedimiento penal más justo<sup>988</sup>, ya sea de *Common Law* o Derecho Continental, y en consecuencia también para el Derecho internacional. Además, el *plea bargaining* cada vez se promueve más por Internet. De hecho, la influencia del *plea bargaining* en países europeos (como España<sup>989</sup>, Francia<sup>990</sup>, Alemania<sup>991</sup> o Italia<sup>992</sup>) y americanos (Argentina, Bolivia, Brasil...) <sup>993</sup> es objeto de profundos debates sobre la conveniencia de su traslado y adaptación a estos sistemas judiciales<sup>994</sup>.

Incluso se ha señalado la posibilidad de que el *plea bargaining* o negociación de penas sea trasladado con mayor precisión a los tribunales penales internacionales<sup>995</sup>. En este contexto, los casos más relevantes se han presentado ante el Tribunal Penal

---

por un funcionario del Departamento de Estado de Estados Unidos, así como la instalación de cámaras y equipo de grabación en los vehículos. William MARQUEZ, “¿Privatiza Estados Unidos la guerra contra drogas?”, *BBC Washington*, 16 de enero de 2012, en [www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/111208\\_eeuu\\_pentagono\\_guerra\\_drogas\\_mercenario\\_wbm.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/111208_eeuu_pentagono_guerra_drogas_mercenario_wbm.shtml).

<sup>988</sup> Sin embargo, el caso *Cassez* en México es un ejemplo de los graves riesgos que existen al utilizar la televisión e Internet en forma deliberada y sin comprobación alguna. Véase amparo directo en revisión 517/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, de 23 de febrero de 2012, en [www.grupotransicion.com.mx/sitev2/images/pdfs/cuadernos/caso-cassez.pdf](http://www.grupotransicion.com.mx/sitev2/images/pdfs/cuadernos/caso-cassez.pdf); El economista.mx “Claves para entender el caso Cassez”, de 23 de enero de 2013. Vid. <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/01/23/claves-entender-caso-cassez>;

<sup>989</sup> Vid. Beatriz SANJURJO REBOLLO, *Los jurados en USA y en España: dos contenidos distintos de la misma expresión*, op.cit., p. 270 y ss.; Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “La justicia “negociada”, o el fracaso de un modelo de justicia que no debemos copiar (No confundir sentencias “negociadas” con sentencias por conformidad)”, en *Por Derecho*, II Época, de 7 de mayo de 2012, en <http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2012/05/una-noticia-sobre-el-caso-urdangarin-y.html>

<sup>990</sup> Véase Mireille DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 80 y ss.

<sup>991</sup> Vid. Mirjan R. DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 337 y ss.

<sup>992</sup> Véase William T. PIZZI y Mariangela MONTAGNA, “La batalla para el establecimiento de un sistema penal acusatorio en Italia”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 1-31, disponible en [http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la\\_batalla.pdf](http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf)

<sup>993</sup> Vid. Elías CARRANZA (coord.), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Siglo XXI, México, 2009, p. 315 y ss.

<sup>994</sup> Véase por ejemplo Máximo LANGER, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, pp. 1-64.

<sup>995</sup> Mirjan R. DAMASKA, “Negotiated Justice in International Criminal Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.2, 2004, pp.1022-23; Anna PETRIG, “Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals”, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol.8, 2008, pp.1-31; Stephen C. THAMAN, “Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n° 3, 2007, p. 50, disponible en [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org)

Internacional para la ex Yugoslavia, a pesar de que su primer presidente, Antonio Cassese, rechazaba permitir el *plea bargaining* en los procesamientos de este órgano judicial<sup>996</sup>: así, en el *asunto Erdemovic* se planteó que la declaración de culpabilidad del encausado –que en este caso se realizó antes de ser formalmente acusado y no como resultado de un *plea agreement*– debía contener ciertas condiciones: ser libre y voluntaria<sup>997</sup>, con conocimiento de causa, inequívoca y estar basada en hechos probados suficientes respecto a la comisión del crimen y la participación del acusado en el mismo<sup>998</sup>; en el caso *Jelusic*, la Sala de Instancia señaló que la declaración de culpabilidad no supone en sí misma un fundamento suficiente de convicción<sup>999</sup>; y en el caso *Kunarac*, el Tribunal decidió que el Fiscal debía presentar documentos probatorios suficientes para apoyar la alegación de culpabilidad, y la Sala debía llegar a la convicción de culpabilidad más allá de la duda para emitir sentencia condenatoria<sup>1000</sup>. Por su parte, en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Kambanda* los crímenes eran tan graves que ameritaban cadena perpetua para el acusado, pero el *plea bargaining* le proporcionó una reducción de pena como contraprestación a su declaración de culpabilidad<sup>1001</sup>. Después de que varios acusados se declarasen culpables ante dichos tribunales se llegó a regular el procedimiento del *plea agreement*<sup>1002</sup>.

---

<sup>996</sup> Así se manifestó Antonio Cassese en una declaración de 11 de febrero de 1994: “we always have to keep in mind that this tribunal is not a municipal criminal court but one that is charged with trying persons accused of the gravest possible of all crimes. The persons appearing before us will be charged with genocide, torture, murder, sexual assault, wanton destruction, persecution and other inhumane acts. After due reflection, we have decided that no one should be immune from prosecution for crimes such as these, no matter how useful their testimony may otherwise be”; citado en Virginia MORRIS y Michael P. SCHARF (eds.), *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1995, pp. 649 y 652; y en Janine N. CLARK, “Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation”, *European Journal of International Law*, vol.20, n°2, p.417, nota 6. Véase también Nancy A. COMBS, “Copping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.151, n° 1, 2002, pp. 1-157.

<sup>997</sup> Así por ejemplo, la voluntariedad es analizada en Mirjan R. DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, op.cit., p. 347 y ss.

<sup>998</sup> Sentencia de la Sala I de Instancia de 29 de noviembre de 1996 en el caso *Prosecutor vs. Erdemovic* (IT-96-22-T); y sentencia de la Sala de Apelaciones de 7 de octubre de 1997 (IT-96-22 A). Estas condiciones que ha de reunir la declaración de culpabilidad del acusado se encuentran así recogidas en los Reglamentos de Procedimiento y Prueba tanto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (art.62 bis) como del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (art.62.B).

<sup>999</sup> Sentencia de la Sala I de Instancia de 14 de diciembre de 1999 en el caso *Prosecutor vs. Jelusic* (IT-95-10-T).

<sup>1000</sup> Sentencia de la Sala II de Instancia de 22 de febrero de 2001 en el caso *Prosecutor vs. Kunarac et al.* (IT-96-23-T y IT-96-23/1-T).

<sup>1001</sup> Sentencia de la Sala de Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 4 de septiembre de 1998 en el caso *Prosecutor vs. Kambanda* (IT-ICTR-97-23-S).

<sup>1002</sup> Así, en el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal para la exYugoslavia se incluyó en su revisión de 13 de diciembre de 2001 el artículo 62 ter, cuyos primeros apartados indican que “(A) The

Además, está abierta la discusión para que el *plea bargaining* filmado y digitalizado sea incorporado al procedimiento ante la Corte Penal Internacional<sup>1003</sup>, así como a algunas de las legislaciones nacionales más importantes del mundo (*plea bargaining* adaptado en Alemania, España o Rusia, por mencionar algunos ejemplos)<sup>1004</sup>. De esta manera, la regulación de las ESP/EMSP podría ser más efectiva en términos del principio de “economía procesal” (costes reales y razonables de la justicia).

Por otra parte, retomando los elementos teóricos del *Common Law estadounidense*, Enrique Ruiz Vadillo y Ángel Tinoco Pastrana han concluido que la oportunidad y la legalidad se encuentran lejos de ser categorías enfrentadas, ya que lo mismo podría considerarse con respecto al binomio imparcialidad-oportunidad<sup>1005</sup>. Así, la justicia puede ser alcanzada con criterios de oportunidad estrictamente legales<sup>1006</sup>. Dicha propuesta jurídica podría ser una alternativa llevada a la problemática que nos ocupa, donde las ESP/EMSP pongan en claro sus reglamentos, operaciones y transacciones en territorio estadounidense y fuera de él. Esto, en cierta forma, otorgaría una mayor seguridad jurídica, agilizando las demandas que lleguen a presentarse contra ellas por cuestiones penales o administrativas. El *stare decisis*, o precedente que se llegue a desarrollar a partir de ahí, abriría un camino más hacia la regulación de las ESP/EMSP.

En este sentido, y retomando a Dale B. Furnish, el Derecho estadounidense actual ha dejado de ser anglosajón para convertirse en un sistema de derecho positivo, o un conjunto de normas positivas estrictas que el propio *American Law Institute* se ha

---

Prosecutor and the defence may agree that, upon the accused entering a plea of guilty to the indictment or to one or more counts of the indictment, the Prosecutor shall do one or more of the following before the Trial Chamber: (i) apply to amend the indictment accordingly; (ii) submit that a specific sentence or sentencing range is appropriate; (iii) not oppose a request by the accused for a particular sentence or sentencing range”, pero que “(B) The Trial Chamber shall not be bound by any agreement specified in paragraph (A)”.

<sup>1003</sup> Regina E. RAUXLOH, “Plea Bargaining – A Necessary Tool for the International Criminal Court Prosecutor”, en *Judicature*, vol. 94, n°4, 2011, pp.178-185; Kai Ambos reconocía en 2010 que la excesiva reglamentación de la alegación de culpabilidad impedía un trabajo ágil y expedito de los jueces, lo que podría solucionar la filmación digitalizada del *plea bargaining*. Vid. Kai AMBOS en *Jornadas de Derecho Procesal Penal 2010*, Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas, p. 336.

<sup>1004</sup> Stephen C. THAMAN, “Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n° 3, 2007, pp. 10-50; ídem (ed.), *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010.

<sup>1005</sup> Enrique RUIZ VADILLO, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial*, número extra 2, 1988, p.58; y Ángel TINOCO PASTRANA, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, p. 356.

<sup>1006</sup> Vid. Rubén MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Universitat de València, Valencia, 1999, p. 192.



encargado de introducir en los últimos 90 años de jurisprudencia estadounidense<sup>1007</sup>. Por esta razón llamaremos al *Common Law* estadounidense, un sistema jurídico dualista-híbrido entre leyes y precedentes judiciales<sup>1008</sup>.

Cabe agregar que la doctrina estadounidense a lo largo de su historia ha jugado un papel muy importante a la hora de generar y proveer teorías jurídicas innovadoras a nivel internacional, como el citado realismo jurídico y las doctrinas contra la discriminación o sobre derecho y género<sup>1009</sup>. Ahora, estas nuevas teorías jurídicas tienen que ver con las ESP/EMSP, y en particular con su regulación en todos los ordenes (filosófico, político, jurisprudencial, económico, social y psicológico)<sup>1010</sup>, lo cual representa en sí todo un desafío pues, además, en esta problemática las categorías tradicionales privado/público y civil/militar se convierten en elementos al servicio de instancias informales que favorecen la corrupción, la criminalidad y la impunidad, tanto en Estados Unidos como en el resto del mundo<sup>1011</sup>.

Por ello, en nuestro siguiente apartado analizaremos el tema de los contratos en el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*, teniendo como cuestión de fondo el caso *Blackwater*, y en concreto la decisión del juez del Distrito de Columbia Ricardo Urbina de 31 de diciembre de 2009.

#### VII.F. Los Contratos en el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*

La evolución judicial del caso *Blackwater* ha dejado abierta la cuestión de los contratos en el sistema judicial estadounidense, en particular los “contratos privados

---

<sup>1007</sup> Dale Beck FURNISH, “Fuentes del Derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law”, *op. cit.*, p. 77.

<sup>1008</sup> Para algunos autores, como José Juan Toharia, el termino hibridación es propio ya del *Common Law*, pues los Estados anglosajones tienden a incorporar cada vez más elementos del modelo del Derecho Continental, e incluso los adapta al *Common Law* más rápidamente que los Estados del Derecho Continental. Vid. José Juan TOHARIA CORTÉS, “Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica” en Luis DIEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI de España, Madrid, 2006, pp. 1-16.

<sup>1009</sup> Vid. Ángel TINOCO PASTRANA, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, *op. cit.*, p.10 y ss.

<sup>1010</sup> Benjamin PERRIN, “Promover el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas”, *op. cit.*, pp. 308-320.

<sup>1011</sup> National Defense University, *Strategic Assessment 1999*, Washington D.C., 2000, pp. 240-241.

militares”<sup>1012</sup>. Esto es debido a la inmunidad que concedió la Administración Bush al personal de las ESP/EMSP, por lo que se hace necesario analizar cómo se establece un contrato en el *Common Law* y cuál es su legalidad, pues el gobierno estadounidense contrata a estas empresas sin más referente inmediato que la experiencia militar de su personal<sup>1013</sup>.

En 2004 algunas EMSP, como *Northrop Grumman*, *Vinnelly Kellog o Brown & Root*, se anunciaron en los medios electrónicos e internet solicitando oficiales del Ejército con amplia experiencia para entrenar soldados iraquíes y atender todo tipo de actividades en Irak<sup>1014</sup>. Todas ellas habían conseguido jugosos contratos con la Administración Bush durante la guerra en Irak, considerada como la época de oro y expansión de las EMSP (2001-2008)<sup>1015</sup>. Los contratos de este tipo son muy complejos, por lo que se hace necesario analizarlos, pero desde la perspectiva del *Common Law estadounidense*, con

---

<sup>1012</sup> En Estados Unidos el derecho contractual puede tener diversas perspectivas: una de ellas es cuando se presentan situaciones donde las relaciones y las obligaciones jurídicas se encuentran fundamentadas en acuerdos que señalan generalmente promesas. Esta definición no sólo podría incluir acuerdos de tipo mercantil y económico, sino que también podría considerar compromisos jurídicos basados en acuerdos voluntarios; lo anterior puede incluir a empresas y sociedades de carácter privado. Vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, op. cit., p. 124.

<sup>1013</sup> “Entre 1994 y 2002, el Departamento de Defensa [de Estados Unidos] firmó alrededor de 3.000 contratos con compañías americanas por un valor de más de 300.000 millones de dólares”. Javier RUIZ ARÉVALO, “¿Contratistas o mercenarios? Las compañías militares privadas”, en *Fuerzas de Defensa y Seguridad*, n° 382, febrero de 2010, en *defensa.com*, disponible en [www.defensa.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2675:icontratistas-o-mercenarios-las-companias-militares-privadas&catid=69:reportajes&Itemid=199](http://www.defensa.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2675:icontratistas-o-mercenarios-las-companias-militares-privadas&catid=69:reportajes&Itemid=199). De conformidad con el *Common Law*, un contrato es un acuerdo entre dos partes sobre un intercambio de posibles prestaciones. Son válidos tanto los contratos en vigor como los prometidos. Así que resulta indispensable que existan dos prestaciones para construir un contrato o una promesa de carácter oficial previamente anunciada, según la llamada teoría de la consideración. El *Common Law* ofrece un gran número de remedios legales, los cuales son aplicados por los tribunales competentes.

<sup>1014</sup> Empresas como *Neskowin* en Uruguay y *Global Guards* en Panamá han subcontratado personal para trabajar como vigilantes privados en Irak, Afganistán, Jordania, etc. Véase el *Informe del Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* de septiembre de 2007 (documento de Naciones Unidas A.HRC/6/12/add.4/FUTURE, de 28 de septiembre de 2007, párrafo 17).

<sup>1015</sup> “Muchos gobiernos regulan las empresas privadas de seguridad en menor o mayor medida. En EE.UU, por ejemplo, todos los contratos oficiales con empresas privadas de seguridad deben atenerse a las Normas Federales de Adquisición y otras reglas del Departamento de Defensa. El hecho de que a un civil se le pueda despedir hace que, por lo menos, sea mínimamente responsable de sus actos. Por ejemplo, el ex dictador de Sierra Leona Valentine Strasser despidió a la empresa *Gurkhas Security Guards* (GSG), con sede en Gran Bretaña, por haberse negado a proporcionar servicios de seguridad para las instalaciones de enfrentamiento del ejército en 1995”. Véase Deborah AVANT, “Empresas de Seguridad Privada: ¿Mercenarias?”, disponible en [www.belt.es/expertos/HOME2\\_experto.asp?id=2113](http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2113), 2004, p. 1.

el objetivo de entender su naturaleza jurídica, y que esto nos permita plantear una posible regulación de los mismos<sup>1016</sup>.

En este sentido, algunas organizaciones de carácter humanitario<sup>1017</sup>, como *Human Rights Watch*, han propuesto un marco teórico regulador de ESP/EMSP, partiendo de su propia contratación<sup>1018</sup>.

Entre las propuestas realizadas se encuentran las siguientes:

a) Las ESP/EMSP deben elaborar un informe oficial donde señalen las condiciones de seguridad en el contrato, incluso en los contratos que ya se encuentren firmados con el gobierno<sup>1019</sup>. En este informe se deberá anotar en un párrafo individualizado la proclamación del pleno respeto a los derechos humanos a que se ha comprometido el gobierno que contrata a dichas empresas.

---

<sup>1016</sup> En la Unión Americana se puede ingresar en el ejército mediante alistamiento voluntario, sobre la base de un contrato celebrado entre el individuo y el gobierno federal: en materia contractual existe el compromiso y fidelidad de prestar servicio en el ejército por un tiempo determinado, y su régimen se regula por un estatuto militar; por otro lado, el alistamiento forzoso se refiere a los ciudadanos que ingresan por reclutamiento, y en este caso se da un traspaso del estado civil de la persona, que pasa a ser militar en un período legalmente determinado; y también cabe incorporarse mediante nombramiento, que se refiere a los oficiales en su ingreso y promoción dentro de su carrera -llamada la oficialidad-. En todos estos ejemplos, los contratos son esencialmente militares entre el Estado y el Ciudadano, lo que no ocurre en la actual privatización de la guerra donde el contrato militar realizado tiene unas características esencialmente mercantiles y económicas, y la principal atracción consiste en la obtención de una ganancia pecuniaria. Vid. Rafael PALOMINO LOZANO, *Las objeciones de conciencia en el Derecho norteamericano*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, tomo I, pp. 37-60.

<sup>1017</sup> Véase Antonio SEGURA SERRANO, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, op. cit., pp. 70-85.

<sup>1018</sup> Esta propuesta de disposiciones legales tuvo como base original a las compañías petroleras que prestaban sus servicios en Colombia. Vid. HUMAN RIGHTS WATCH, *Colombia: Human Rights Concerns Raised by the Security Arrangements of Transnational Oil Companies*, abril de 2008, disponible en

[http://socrates.acadiau.ca/courses/soci/marontate/2006/Student\\_Pages/Lisa\\_Bitto/thesis\\_outline/hrw.htm](http://socrates.acadiau.ca/courses/soci/marontate/2006/Student_Pages/Lisa_Bitto/thesis_outline/hrw.htm); y se sintetizan en David BONDÍA GARCÍA, “Un actor escasamente visualizado en Colombia: Los mercenarios” en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada*, op. cit., pp. 153-154.

<sup>1019</sup> “La responsabilidad privada es distinta de la responsabilidad en organizaciones militares que funcionan bien. Las fuerzas militares sólo dependen de sus gobiernos, que pueden emplear varios métodos para pedir cuentas a un grupo o un individuo, como retener fondos. Los civiles tienen que responder ante una serie de empresas, y son susceptibles, sobre todo, a los incentivos de mercado. Por ejemplo, cuando un civil decide si acepta una oferta, tiene en cuenta de qué forma puede afectar esa oferta a sus otros clientes, si va a aumentar su prestigio en el mercado y, en definitiva, sus ingresos”. Vid. Deborah AVANT, “Empresas de Seguridad Privada: ¿Mercenarias?”, op. cit., p. 1.

b) Se exhorta a las ESP/EMSP a publicar los acuerdos a los que han llegado con el gobierno, o bien con órganos institucionales relacionados con el sector de la seguridad. Sólo quedarían sin publicar los acuerdos de seguridad con particulares.

c) Las ESP/EMSP han de proporcionar informes muy cuidadosos sobre su personal ante los órganos nacionales encargados de vigilar y proteger los derechos humanos en el territorio donde se encuentran operando.

d) En caso de posibles violaciones de los Derechos Humanos, las ESP/EMSP deben respetar el contrato con el gobierno efectivo, y dejar que los soldados u oficiales involucrados sean suspendidos y llevados a juicio inmediatamente. Dichas empresas deberán realizar el seguimiento de las investigaciones, y en determinado momento exigir que el asunto se aclare de la mejor forma posible. Asimismo, debe publicarse – dar a conocer- el resultado final de las investigaciones<sup>1020</sup>.

Estas disposiciones nos conducen a reflexionar sobre la problemática que tienen los contratos en las legislaciones nacionales, y en particular dentro del *Common Law estadounidense*. Así tenemos que en el Derecho estadounidense se establece como prioridad respetar el principio de la libertad constitucional para contratar. El negocio es la característica principal de la Constitución<sup>1021</sup>. Se prohíbe, incluso a los Estados, establecer leyes que vayan en contra del espíritu empresarial de la Constitución de 1787<sup>1022</sup>.

La Carta Magna estadounidense señala que la protección y vigencia de los contratos es necesaria sin importar los plazos establecidos, de tal manera que los particulares no puedan cambiarlos ante el gobierno federal y/o el gobierno estatal<sup>1023</sup>. El sistema jurídico de los Estados Unidos es extremadamente cuidadoso con los contratos privados, tal como señala la Sección 1-102(3) del *Uniform Commercial Code*, que

---

<sup>1020</sup> HUMAN RIGHTS WATCH, *Colombia: Human Rights Concerns Raised by the Security Arrangements of Transnational Oil Companies*, op.cit., y David BONDÍA GARCÍA, op.cit., p. 154.

<sup>1021</sup> Vid. Carmen HERRERO SUÁREZ, *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el derecho de la competencia*, La Ley (grupo Wolters Kluwer), Madrid, 2006, pp. 3-50.

<sup>1022</sup> “Ningún Estado... aprobará... leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”. Vid. artículo 1, Sección 10, párrafo 1, de la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>1023</sup> Arthur I. ROSETT, *Contract Law and its Application*, 5ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1994, pp. 83-84.

contiene los principios que habrán de respetarse en ellos: la buena fe, la diligencia y la razonabilidad<sup>1024</sup>. Estas reglas tienen como antecedente el *Statute of Frauds* de 1677, perteneciente al Derecho inglés.

Tanto en el sistema jurídico estadounidense como en el *Common Law* inglés se define un contrato legal como aquél que no es ilegal, siendo éste último el contrato que viola una ley penal, produce daños a terceros o es contrario a lo que se conoce como *Public Policy* u Orden Público<sup>1025</sup>.

Así, para el *Common Law* estadounidense, toda fuente de licitud e ilicitud radica en la propia legislación aplicable -las leyes escritas o la Constitución-, el propio *Common Law* -en relación a las decisiones judiciales precedentes-, o el citado criterio del *Public Policy*, que persigue las conductas ilegales o inmorales.

El *Common Law* estadounidense reconoce en una segunda compilación (*Restatement*)<sup>1026</sup> que cualquier contrato ilegal según el criterio del *Public Policy* es susceptible de ser invalidado<sup>1027</sup>. Los tribunales pueden rehusar hacer cumplir cualquier contrato que juzguen como negativo a los intereses de los ciudadanos y al propio *Public Policy*. Esto ha permitido a los tribunales invalidar contratos o cláusulas de contratos por causa de inmoralidad, paternalismo, problemas con leyes económicas, incapacidad y otras de índole muy diversa<sup>1028</sup>.

---

<sup>1024</sup> Cfr. Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n° 1, 2002, p.131. El Derecho estadounidense introduce el término *security interest* para proteger a los contratados. Vid. José Alpiniano GARCÍA MUÑOZ, *Derecho Económico de los Contratos*, Librería del Profesional, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2001, p.407.

<sup>1025</sup> Percy H. WINFIELD, “Public Policy and the English Common Law”, *Harvard Law Review*, vol. 42, n° 1, 1928, pp. 76-102.

<sup>1026</sup> Las *Restatements* o Compilaciones son recopilaciones privadas que pertenecen al derecho común de los Estados de la Unión Americana en materia de contratos. Las *Restatements* han sido elaboradas por el *American Law Institute*, cuya creación data de 1923. Desde esta fecha son lectura obligada para análisis jurídicos en asuntos contractuales, y en general son colecciones de decisiones judiciales. La primera serie de estas Compilaciones se terminó en 1938. La segunda *Restatement* fue concluida a mediados del siglo XX. Para conocer la problemática de los contratos en el *Common Law* véanse P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 100-154; y Dale Beck FURNISH, “Fuentes del Derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los *Restatements of the Law*”, *op. cit.*, pp. 75-110.

<sup>1027</sup> G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 9ª ed., Sweet & Maxwell Stevens, Londres, 1995, pp. 377-378.

<sup>1028</sup> Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *op.cit.*, p.133.

Es importante añadir que la teoría de la consideración (*consideration*) dentro del *Common Law* estadounidense ha permitido controlar de forma más práctica no sólo la voluntad de quienes desean celebrar un contrato entre particulares o bien entre gobierno y particulares<sup>1029</sup>; la teoría de la consideración también establece un instrumento orientado a respetar la igualdad de las partes, tanto en su poder contractual como en su proporcionalidad. Es un instrumento que puede ser usado por los jueces para evitar eventuales abusos contenidos en el contrato, y contra la violación de valores morales y éticos<sup>1030</sup>.

En el *Common Law* se encuentran señalados los requisitos que debe reunir un contrato (consentimiento, consideración, forma, capacidad), los cuales son necesarios para comprender el objeto de dicho contrato. El contenido es constituido por el conjunto de reglamentaciones que pueden ser contratadas. En caso contrario, el *Public Policy* tiene una serie de reglas que sirven para invalidar ciertas categorías de contratos en el *Common Law*<sup>1031</sup>:

a) Aquellos contratos incompatibles con el derecho vigente, ya se trate de derecho consuetudinario, jurisprudencial o legislación positiva (*Statute Law*), y sean susceptibles de incurrir en un ilícito de tipo civil o penal<sup>1032</sup>.

b) Los contratos que afecten a los intereses de la autoridad estatal en los ámbitos de política interior y/o acción exterior.

---

<sup>1029</sup> De modo sintético, podría decirse que la *consideration* en el *Common Law* es similar a la causa –del contrato– en los sistemas de Derecho Civil o Derecho continental: “También en el *Common Law* se ha creado una teoría para contemplar todas las aplicaciones y utilidades que puede desplegar ese elemento contractual denominado *consideration*”. Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, *cit.*, p.138 (sobre el binomio *causa-consideration* véase la p.136 y ss.); y P.S. ATIYAH, “Consideration: a Restatement”, en ídem, *Essays on Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 179 y ss.

<sup>1030</sup> Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Nueva York, 1984, pp. 600-678.

<sup>1031</sup> Seguimos aquí la clasificación que recoge Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (“Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *op.cit.*, p.144), y que a su vez reproduce de Dan D. PRENTICE, “Illegality and Public Policy” en *Chitty on Contracts, vol I: General Principles*, 26ª ed., Londres, 1991, pp.686-687.

<sup>1032</sup> Algunos contratos contienen cláusulas muy abusivas, en el sentido de que obligan a los contratistas a renunciar a ciertos derechos, como el poder demandar judicialmente a la compañía que los ha contratado por daños sufridos durante el cumplimiento de sus funciones, sobre todo cuando tales daños han sido causados por dicha empresa contratadora. Vid. *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio para violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación* de 7 de febrero de 2007 (documento A/HRC/4/42, párrafos 37 y 39); y también el informe de ese grupo de trabajo de 9 de enero de 2008 (doc. A/HRC/7/7, párrafo 39).

c) Los contratos que impidan el funcionamiento correcto de los mecanismos judiciales<sup>1033</sup>.

d) Los contratos contrarios a los valores morales y el bienestar de la familia.

e) Los contratos que se encuentran económicamente en contra del interés público y de la sociedad<sup>1034</sup>.

f) Aquellos contratos que conduzcan a la corrupción en el quehacer público, y los que sean contrarios a la libre competencia.

g) Aquellos contratos que en sí contengan o se encuentren fundamentados en propósitos ilegales.

Con respecto a este último criterio, el *Public Policy* reconoce utilizar la jurisprudencia para confirmar el fundamento jurídico y la moralidad de los convenios. En el *Common Law* la regla general que se aplica a los contratos ilegales es la doctrina según la cual no se puede aceptar una acción sobre la base de un acto ilegal propio o de un contrato con un elemento ilegal -De una causa inmoral (o ilegal) no nace el derecho a ejercitar una acción (*ex turpi causa non oritur actio*)-, que se encuentra fundamentada en el principio de *Public Policy* de que *ex dolo malo non oritur actio*<sup>1035</sup>, porque esa acción o pretensión estaría contaminada de ilegalidad.

Siguiendo a Vazquez de Castro<sup>1036</sup>, podemos decir que los efectos de la aplicación de ambos principios serían los siguientes:

---

<sup>1033</sup> El Estado y la justicia deben coincidir forzosamente de forma paralela en los asuntos contractuales. Vid. G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, op. cit., p. 377.

<sup>1034</sup> Recordemos que Estados Unidos es Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, y de la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 1998; la primera de ellas fue adoptada en el marco de la OEA y la segunda en el de la OCDE.

<sup>1035</sup> Cfr. Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, op.cit., p.145. Un análisis detallado de los contratos en el sistema del *Common Law* puede consultarse en Geoffrey C. CHESHIRE, Cecil H.S. FIFOOT y Michael P. FURMSTON, *The Law of Contract*, 11ª ed., Butterworths, Londres, 1986, pp. 334-342.

<sup>1036</sup> Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, “Los contratos ilegales en el *Common Law*”, op.cit., pp.145-146.

a) No puede admitirse ninguna acción legal para recuperar lo acordado, según el contrato.

b) Aunque haya alguna parte del contrato ilegal que hubiese sido lícita en sí misma, los tribunales no pueden separar lo que es legal de lo ilegal con el fin de salvar la parte lícita. El contrato en general se encontrará contaminado y corrompido por la ilegalidad.

c) El contrato que sea colateral o accesorio a otro declarado como ilegal también se verá afectado por la ilegalidad y por tanto deberá ser considerado como ilegal, sin importar que hubiera sido lícito en sí mismo<sup>1037</sup>.

d) Si en lo acordado falta una parte por cumplir, ésta se puede recuperar, sin importar la naturaleza legal o ilegal del contrato.

En relación con este último criterio, el *Common Law* da oportunidad a las partes contratantes para recobrar lo pactado aplicando el principio de la consideración, siempre que no hubiese un interés público en rehusar dicho derecho de restitución.

En cualquier caso, sería difícil poder aplicar a las EMSP estos postulados sobre los contratos contemplados por el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*, pues se trata de una problemática nueva que no ha sido analizada aún por el *Common Law*, pese a las ESP/EMSP son mayoritariamente de origen estadounidense y británico<sup>1038</sup>. Lo que proponemos es que los tribunales estadounidenses -estatales o federales, y en particular el Tribunal Supremo- se pronuncien y puedan emitir su opinión sobre la naturaleza,

---

<sup>1037</sup> Para el gobierno estadounidense, las recomendaciones de la Comisión de Bolsa y Valores -*Securities and Exchange Commission* (SEC)-, y la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero, son los dos instrumentos normativos que aquí resultan aplicables: La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero se aplica en casos de actividades ilícitas llevadas a cabo fuera de Estados Unidos por sus empresas y, en particular, tipifica la corrupción de los funcionarios de los Estados receptores de la inversión para obtener beneficios económicos y financieros, pero las compañías estadounidenses no pueden ser perseguidas por prácticas no tipificadas como delitos por las leyes del Estado receptor, incluso aunque exista un contrato ya firmado por ambas partes (Estado anfitrión y empresa estadounidense). FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*, op. cit., 2011, p. 367.

<sup>1038</sup> Los contratos que firman las ESP/EMSP son principalmente con los gobiernos nacionales. Un porcentaje importante de ESP/EMSP tiene contratos con Estados de desarrollo medio; o en guerra; o bien en posguerra y/o los denominados contratos “triángulo”, producto de la conjunción de intereses entre las ESP/EMSP, la empresa de explotación de los recursos y el propio gobierno estatal, que está interesado en mantener a estas empresas en su territorio. Vid. Victor D. CHA, “Globalization and the Study of International Security”, en *Journal of Peace Research*, vol. 37, n° 3, 2000, p. 392.



alcance y consecuencias de dichos contratos -entre los gobiernos y las ESP/EMSP-, ahora que las sucesivas decisiones de los tribunales en el asunto *Blackwater* han abierto una vía para analizar jurídicamente la problemática que envuelve a las empresas de este tipo, y ya que están surgiendo nuevos casos judiciales relacionados<sup>1039</sup>. Así, por ejemplo, familiares de varios “contratistas militares privados” muertos durante una emboscada en Irak en 2004 interpusieron una demanda civil por homicidio negligente (*wrongful death*) contra la antigua Blackwater, aunque la misma sería desestimada por un juez federal en Carolina del Norte en enero de 2011<sup>1040</sup>. Un año después, en enero de 2012, se informó que las partes habían llegado a un acuerdo estrictamente confidencial<sup>1041</sup>.

Pero no sólo se trataría de evaluar los contratos de las ESP/EMSP, sino también los principios sobre los que se sustenta el *Common Law* en relación a los contratos en general. Por otro lado, la teoría de la consideración (*consideration*) podría ser replanteada en términos de no permitir la concesión de licitud *prima facie* a estos contratos entre gobiernos y “contratistas militares privados”, y ser enfocada de conformidad con el *Public Policy* u *Orden Público*.

Además, el *Common law* y el *Common law estadounidense* deben redefinir principios como el *ex dolo malo non oritur actio*, para no mantener el *status quo* de los contratos

---

<sup>1039</sup> En 2008, Brad y Melan Davis, ex “contratistas militares privados”, presentaron una demanda contra U.S. Training Center Inc. (Blackwater) por fraude ante un Tribunal de Distrito, alegando que esta compañía había solicitado el reembolso de gastos sobrefacturados al Departamento de Estado por la cantidad de mil millones de dólares. Susan Burke, abogada de los demandantes, afirmaba que Blackwater había falsificado, entre otros hechos, los registros del número de trabajadores que realmente habían prestado servicios de seguridad en Irak, Afganistán y con ocasión del desastre del huracán “Katrina” en Louisiana. Pero la sentencia (con jurado) de 13 de julio de 2011 del Tribunal de Distrito (E.D. Virginia) en el caso *United States of America ex rel. Davis vs. Prince et al.* fue favorable a la parte demandada, al considerar que las pruebas de cargo presentadas ante el tribunal eran inadmisibles e infundadas -2011 WL 2749188 (E.D.Va.)-. Los demandantes recurrieron, pero el Tribunal de Apelaciones (4º Circuito) confirmó la decisión del tribunal de distrito en su sentencia de 6 de diciembre de 2012 en el caso *United States of America, ex rel. Davis vs. U.S. Training Center, Inc., f/k/a Blackwater Lodge and Training Center, Inc.*, 498 Fed.Appx. 308, 2012 WL 6052051 (C.A.4 (Va.)).

<sup>1040</sup> Orden del Tribunal de Distrito (E.D. North Carolina) de 21 de enero de 2011 en el caso *Blackwater Security Consulting, LLC vs. Nordan* (2011 WL 237840 E.D.N.C., 2011). En la demanda inicial de 2005 se acusaba a la empresa Blackwater de haber enviado a sus empleados muertos (Stephen Helvenston, Mike Teague, Jerko Zovko y Wesley Batalona) a un entorno bélico de alto riesgo sin el equipamiento ni armamento apropiado.

<sup>1041</sup> El administrador de los bienes inmuebles de las víctimas, Richard P. Nordan, había intentado antes reactivar el caso ante el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito. Pero, al llegar a un acuerdo de reparación los familiares de las víctimas con la empresa sucesora de Blackwater (Academi), ambas partes consensuaron retirar el caso ante dicho tribunal, y éste lo cerró mediante orden judicial de 29 de diciembre de 2011. Vid. TerryBAYNES, “Blackwater settles Iraq killings suit”, *Reuters*, 6 de enero de 2012, en [www.reuters.com/article/2012/01/07/us-blackwater-lawsuit-idUSTRE80602U20120107](http://www.reuters.com/article/2012/01/07/us-blackwater-lawsuit-idUSTRE80602U20120107)

sin considerar los aspectos ilegales en que puedan incurrir. Por ello, se debe mirar hacia el sistema de Derecho Civil Continental, el cual considera que todo acto o contrato contrario a la ley lleva consigo la nulidad de pleno derecho, con todas las prestaciones contenidas en el contrato. Ahora bien, si el principio *ex dolo malo non oritur actio* permanece intacto, problemáticamente siga entorpeciendo la finalidad de regular de manera efectiva los contratos celebrados con particulares, y sobre todo con los “contratistas militares privados”; es decir, tal como se interpreta hasta ahora, permitiría una privatización de la guerra sin límites, con las consecuencias que ello implica para la protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional.

Por esta razón, se trata de recuperar la credibilidad de la doctrina civil del *Common Law* y el *Common Law estadounidense*. Otra importante cuestión a considerar consiste en fortalecer el *Orden Publico*, pero enfocado a los contratos con las ESP/EMSP, pues en una primera interpretación los contratos celebrados entre esas empresas y el gobierno podrían ser declarados nulos de inmediato si los “contratistas militares privados” se deciden a demandar al gobierno y exigir una indemnización o reparación por incumplimiento de contrato.

En una demanda de esta naturaleza, el “contratista militar privado” y el gobierno saldrían perjudicados en todos los postulados del *Orden Publico*, si bien los “contratistas militares privados” todavía podrían recurrir a la aplicación de la doctrina de la consideración. En este contexto, de conformidad con el *Orden Publico*, los contratos entre el gobierno federal (el Departamento de Defensa o Pentágono) y los particulares dedicados a la seguridad privada podrían ser nulos debido a que:

a) Afectan a la política exterior del Estado (en concreto, de Estados Unidos y Reino Unido), al poder éste ser acusado de que sus empresarios militares violan el Derecho internacional<sup>1042</sup>. En este sentido, Deborah Avant ha señalado lo siguiente:

“los civiles contratados pueden contribuir a la política exterior por poderes, al permitir que el gobierno (o una parte de él) altere la situación sobre el terreno, pero desde lejos, de forma que, llegado el caso, puede alegar posible ignorancia. En 1994, Estados

---

<sup>1042</sup> Lindsey CAMERON, “Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, número 863, septiembre de 2006, pp. 580-583.

Unidos contrató a la empresa Military Professional Resources International (MPRI) para que asesorara al gobierno croata. De esa manera, el presidente del país, Franjo Tudjman, obtuvo las ventajas de la ayuda militar estadounidense a través de una empresa privada”,<sup>1043</sup>.

b) La existencia de los “contratistas militares privados” influye en la mala gestión de la administración de justicia en ese país, debido a las constantes demandas ante los tribunales por violaciones de Derechos Humanos cometidas por tales personas, teniendo como paradigma el caso *Blackwater*; por tanto, pueden actuar de modo contrario a la moralidad y otros valores éticos.

c) Los contratos celebrados entre particulares privados y el gobierno federal (el Pentágono) van en contra del interés público, al obtener grandes ganancias a costa de la economía del Estado. En este sentido, recordemos que los “contratistas militares privados” se ven beneficiados económicamente con tales contratos, y el gobierno desvía importantes recursos al privatizar el cuerpo militar.

d) Los contratos con militares privados conducen a la corrupción del quehacer público, pues no se emiten informes oficiales auditados sobre sus ingresos sino que éstos se mantienen en el anonimato, lo que fomenta el secretismo y la corrupción en las instituciones públicas<sup>1044</sup>.

e) Los contratos militares privados celebrados con el gobierno federal contienen en sí lagunas jurídicas que bordean la ilegalidad; esto es, si bien se permite que tales empresas brinden seguridad en sus actividades, sin embargo su calidad o *status* jurídico no se encuentra bien definido por el sistema jurídico estadounidense ni por los instrumentos internacionales de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ni del Derecho Internacional Humanitario.

Otro principio interesante que puede tener cabida en los contratos es el *Non pari delicto*, el cual señala que cuando un contrato en apariencia es legal, pero tiene una finalidad ilícita y ésta es conocida por una de las partes y no por la otra, ésta última puede pedir la

---

<sup>1043</sup> Vid. Deborah AVANT, “Empresas de Seguridad Privada: ¿Mercenarias?”, disponible en [http://www.belt.es/expertos/HOME2\\_experto.asp?id=2113](http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2113), *op.cit.*, 2004, p.1.

<sup>1044</sup> Lindsey CAMERON, “Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation”, *op.cit.*, pp. 580-583.

nulidad de todo el contrato –o, si es posible, el cumplimiento de la parte del contrato salvable, no afectada por la ilegalidad- y podría obtener una indemnización. Ahora bien, el contrato sería considerado ilegal y nulo, aunque en principio tuviera apariencia de legalidad (*ex facie legal*), si ambas partes tuvieran conocimiento de que su objeto o finalidad era ilegal. Para el caso que nos ocupa, este principio podría dar la oportunidad a las ESP/EMSP de conseguir alguna indemnización o reparación en caso de demanda. Sin embargo, sería difícil que pudiera presentarse un supuesto de esta naturaleza, toda vez que las empresas de este tipo por lo general son conscientes de lo contratado y para qué fueron contratadas. Por tanto, el *Common Law* aquí estaría muy limitado.

Recordemos que las ESP/EMSP contratan a su personal dependiendo de las actividades a realizar, como el servicio de mantenimiento de aviones o buques, la limpieza de las bases, el mantenimiento de los equipos informáticos, o bien la elaboración de informes estratégicos; en estos casos, las posibilidades de interponer una demanda no son tan altas, pero puede presentarse esa oportunidad. Otras ESP/EMSP, como hemos visto, contratan personal para actividades más conectadas con el uso de armas, como por ejemplo el entrenamiento, mantenimiento de equipo bélico, protección armada, patrullaje o vigilancia; es decir, cuando predominan en el contrato los aspectos logísticos y militares. Aquí la posibilidad de que a las ESP/EMSP se les interponga una demanda es mucho más elevada, al encontrarse su personal a menudo en escenarios directos de guerra.

No deben infravalorarse las probabilidades de encontrarse con acciones judiciales en todos estos tipos de contratos: cerca de mil empleados de estas empresas han perdido la vida, y en muchas ocasiones no se denuncian los contratos para poder exigir una indemnización en nombre de la víctima. La privatización de la guerra mediante la contratación de empresas privadas es más rentable para el gobierno que tener que pagar al personal que se encuentra en las filas de sus propias fuerzas armadas nacionales.

El negocio de la guerra rebasa en términos jurídicos actuales al *Common Law*, incluido el *Common Law estadounidense*<sup>1045</sup>. De ahí la proliferación del calificativo de

---

<sup>1045</sup> Vid. Rafael DOMINGO OSLÉ, “Diez principios de Derecho Global”, en Consuelo ARRANZ DE ANDRÉS y Margarita SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, p. 275.

“combatientes ilegales”. Sin embargo, es necesario que, aún con este calificativo, los “contratistas militares privados” sean amparados por el *Common Law*, pues ante todo se trata de civiles que, motivados por obtener beneficios económicos, se aventuran en este tipo de actividades militares. Desde nuestra perspectiva, el *Common Law* debe fomentar la elaboración de reglas protectoras para este tipo de personas involucradas, con independencia de que estemos ante contratos legales o ilegales<sup>1046</sup>. También es necesario encontrar alternativas políticas y legislativas que permitan regularizar esta clase de contratos. Dicha propuesta legislativa debe ser coherente con la problemática en cuestión y, lo más importante, ha de establecer un órgano civil encargado de supervisar la legislación propuesta y evaluar las consecuencias civiles de las eventuales vulneraciones de la ley penal o administrativa. Esto ayudaría al *Orden Publico* a clasificar los criterios y contenidos que han de contener estos contratos, así como uniformarlos de conformidad con el *Common Law*.

Desde otra perspectiva, y siguiendo a Oscar Rabasa, se podría rescatar dentro del propio *Common Law* el principio *specific performance of contracts*, que tiene como finalidad demandar por la vía judicial de la equidad “el cumplimiento específico o material de los contratos”, cuando cumplir con la obligación de que se trate no puede ser sustituida por una indemnización económica, ni por cosa u objeto equivalente<sup>1047</sup>.

Este principio, como parte del derecho-equidad, otorgaría al titular de este derecho, mediante el procedimiento de *injunction*<sup>1048</sup>, la vía más eficaz para exigir a quien haya contraído legalmente la obligación su cumplimiento específico y material, dando la cosa en especie que deba conceder. Para “los contratistas militares privados”, este principio se podría ajustar a su compleja situación laboral, pues les facilitaría llegar a un arreglo

---

<sup>1046</sup> Édouard Lambert denominó a los actos jurídicos privados el “Derecho Corporativo”, siendo aquél que establece normas de alcances hasta cierto punto limitados, con características parecidas a las de las leyes, pero que emanan de entidades distintas a las del Estado: por ejemplo, los reglamentos de las asociaciones y compañías de toda clase, con gran capacidad económica, política y comercial, y que a veces trascienden los límites de los Estados. Así, puede considerarse al Derecho Corporativo como un ámbito jurídico poco conocido y regulado. E. LAMBERT, “Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative», en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, tomo III, Sirey, París, 1935, pp. 478-510 ; y Aníbal BASCUÑÁN VALDÉS, *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, pp. 196-197.

<sup>1047</sup> Oscar RABASA, *El Derecho anglo-americano: estudio expositivo y comparado*, op. cit., pp. 213-214.

<sup>1048</sup> El mandamiento de *injunction* es un remedio procesal del derecho-equidad, y constituye un mandamiento expedido por un tribunal “para impedir a la parte demandada en un proceso de equidad que ejecute por sí, o por tercera persona que dependa jurídicamente de aquélla, un acto injusto o contrario a las normas prescritas por esta rama de la jurisprudencia angloamericana, en relación con los derechos de quien promueve el recurso”. Oscar RABASA, *ibídem*.

por la vía legal, en caso de perder su empleo en las ESP/EMSP. De lo contrario, los tribunales pueden aplicar el *contempt of court*, que impone multa hasta que el condenado cumpla con lo establecido en el contrato. Esta potestad hace de los tribunales estadounidenses órganos jurisdiccionales muy dinámicos para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones. La aplicación del principio *specific performance of contracts* es por excelencia un procedimiento típico del Derecho angloamericano, que no es posible encontrar en ningún otro sistema jurídico.

En el plano nivel internacional, debería evaluarse si conviene que los instrumentos convencionales, como los tratados de Derecho internacional humanitario, sigan utilizando el concepto “proveedores” –en el que pueden entrar incluso los “contratistas militares privados”- para llenar la laguna jurídica que subsiste en esta materia, pues esa terminología anticuada dificulta el desarrollo del Derecho internacional.

Así, en una situación de conflicto armado y de conformidad con la III Convención de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra (artículo 4.1.4), en caso de ser detenido por el enemigo un proveedor será catalogado como prisionero de guerra; pero si, por el contrario, participa en el escenario de guerra puede ser considerado como mercenario por las fuerzas enemigas, y por tanto pasará a ser un “combatiente ilegal”, perdiendo con ello el derecho a ser tratado como prisionero de guerra -Protocolo I adicional a los Acuerdos de Ginebra de 1949 (artículo 47.1 y 2.c)-. Ahora bien, el Protocolo I no ha sido ratificado por el gobierno de Estados Unidos, y no se espera que cambie de postura pues, por ahora, todo indica que seguirá con su política exterior unilateral sobre la materia<sup>1049</sup>. Ante esta situación, la comunidad internacional podría encontrar otras categorías que encajen con mayor precisión el fenómeno de los “contratistas militares privados” en el propio avance del Derecho internacional.

Esto repercute en mayor o menor medida en la mentalidad de los empresarios globales de la guerra, quienes piensan que la complejidad en la conceptualización y aplicación de esta problemática en el Derecho internacional se mantendrá de forma indefinida, sobre todo cuando tampoco está clara la cuestión de los “contratistas militares privados” en los ordenamientos jurídicos nacionales, ni del *Common Law* -en sus diversos ámbitos

---

<sup>1049</sup> W. ROMAN-SAMOT, *Derechos Humanos*, editorial Lulu.com, San Juan de Puerto Rico, 2007, pp. 151-152.

penal, civil, administrativo, procesal, mercantil o constitucional-, ni del Derecho Continental en Europa y América Latina<sup>1050</sup>.

Por otro lado, se puede señalar que en el *Common Law* en materia de demandas civiles no es fácil determinar el concepto de ilegalidad, pues tiene muchas maneras de manifestarse con una gran diversidad de posibles efectos. Hay espacios en donde incluso no se puede concluir si un contrato es ilegal o no; subsiste un área de incertidumbre, que se ve incrementada precisamente por la incorporación de nuevos actores como los “contratistas militares privados” en los Derechos internos y en el ordenamiento internacional.

#### **VII.G. El Derecho estadounidense y sus recientes leyes militares ante los nuevos actores: los “contratistas militares privados”, un eslabón en el Derecho internacional**

Considerando lo anterior, y ante la complejidad que representa para el *Common Law estadounidense* la cuestión de las ESP/EMSP, es esencial analizar con mayor profundidad ciertas disposiciones militares promulgadas en los últimos años, como la Ley de Jurisdicción Militar Extraterritorial, *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA), la cual ya hemos mencionado, y que establece medidas para que la jurisdicción federal tenga competencia sobre delitos cometidos tanto en el interior de Estados Unidos como fuera de su territorio por personas que puedan ser empleadas o que acompañen a las fuerzas armadas estadounidenses. El ámbito de aplicación de dicha ley se extiende también a antiguos miembros del ejército.

De hecho, esta norma fue gradualmente aplicada a los “contratistas militares privados” cuyas labores estuvieran relacionadas directamente con las agencias federales. De hecho, y con ocasión del incidente de los disparos de contratistas de Blackwater en Bagdad en septiembre de 2007, un mes después del mismo la Cámara de Representantes de Estados Unidos (la Cámara Baja del Congreso) decidió aprobar un proyecto legislativo para incluir a los contratistas privados que trabajan en zonas de combate -

---

<sup>1050</sup> Vid. R. DEKKERS, *El derecho privado de los pueblos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 280; y F. GALGANO (dir.), *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bolonia, 1992, pp. 2 y 3.

como Iraq- dentro del alcance de la citada Ley de Jurisdicción Militar Extraterritorial, y así permitir su procesamiento por los tribunales domésticos. Sin embargo, ya en 2005 el Departamento de Defensa estadounidense había reportado que, debido a la ambigüedad del concepto “contratista militar privado” y a la falta de información sobre la problemática, las demandas eran escasas. El único caso presentado durante esos años fue el de un contratista empleado en la cárcel de Abu Ghraib (Irak) y acusado de pornografía infantil, investigación realizada por Amnistía Internacional en su ya lejano informe anual de 2006<sup>1051</sup>.

Ahora bien, no obstante la ambigüedad del concepto “contratista militar privado”, el gobierno o los particulares podrían interponer una demanda contra representantes de esta figura jurídica ante un tribunal federal de Estados Unidos por delitos cometidos en el extranjero o bien de conformidad con la ATCA de 1789. Esta posibilidad aumenta debido a que la legislación permite demandas contra personal civil, si partimos de la perspectiva del *Common Law* estadounidense, que lo entendería seguramente como un individuo y no como un militar involucrado en delitos federales, sin importar que exista de por medio un contrato con el Departamento de Defensa o cualquier otra instancia gubernamental.

Para el *Common Law*, estaríamos ante contratos de naturaleza *sui generis*, pues se trata de una persona civil que tiene objetivos militares. Dicho de otro modo, el “contratista militar privado” es aquél que tiene vinculación con cuestiones civiles y militares, lo que representa un paradigma para el *Common Law* y el *Common Law* estadounidense. Así la problemática, todo indica que la determinación de cuál será el derecho aplicable dependerá de quién presente la demanda, bajo qué cargos y en qué circunstancias. Por ahora el *Common Law* tendrá que asimilar la cuestión tal y como está contemplada en el vigente lenguaje jurídico estadounidense, ante la no uniforme doctrina existente al respecto.

---

<sup>1051</sup> Vid. Amnistía Internacional, *Informe Anual 2006: el estado de los derechos humanos en el mundo*, disponible en [www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/motivos-de-preocupacion-en-el-cuarto-aniversario-de-la-guerra-de-irak/](http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/motivos-de-preocupacion-en-el-cuarto-aniversario-de-la-guerra-de-irak/)



Otro instrumento relacionado con los “contratistas privados” es el Código Uniforme de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice*), del 1 de enero de 2007<sup>1052</sup>. Esta normativa indica que es aplicable a “contratistas militares privados”, y también a civiles que participen directamente con las fuerzas armadas en escenarios de guerra y en operaciones específicas. Esta ley permite que los “contratistas militares privados” que laboran en Afganistán e Irak puedan ser juzgados marcialmente por un tribunal, pero tampoco indica la diferencia entre personal civil y contratista militar sino que considera a las dos categorías como una sola, lo que complica su aplicabilidad, pues los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares en ningún caso.

Es así como, en los instrumentos de justicia militar, el concepto “contratista militar privado” carece de una definición que refleje la complejidad del problema pero, independientemente de ello, para que un “contratista militar privado” sea procesado por tribunales domésticos resulta necesario que los Departamentos de Justicia o de Defensa tomen la firme decisión de llevarlo a juicio, lo cual es una posibilidad muy remota, a pesar de la importancia que tendría para el proceso de regularización de las ESP/EMSP en el marco del *Common Law* y el *Common Law estadounidense*.

Cabe agregar que la Ley de Comisiones Militares (*Military Commissions Act*), al tipificar una serie de delitos como crímenes de guerra, podría ayudar a definir el concepto de “contratista privado”. Dicha legislación señala que la diferencia entre un civil y un “contratista militar privado” radica en que éste último tiene una conexión explícita con delitos considerados como crímenes de guerra. Conforme a la citada Ley, el *Common Law estadounidense* podría calificar como “contratista militar privado” a un militar perteneciente a las fuerzas armadas nacionales, un civil armado o incluso un civil no armado pero que presta sus servicios en una ESP/EMSP<sup>1053</sup>. Recordemos que el *Common Law* se caracteriza por su objetividad, tanto a nivel de conceptualización como de análisis, por ejemplo en materia contractual. Como hemos mencionado, el concepto “contratista militar privado” es muy confuso para ser aplicado de conformidad con el *Common Law*, ya que implica relacionarlo con el término “contrato”, y ello supondría la

---

<sup>1052</sup> Véase su texto por ejemplo en [www.constitution.org/mil/ucmj19970615.htm](http://www.constitution.org/mil/ucmj19970615.htm)

<sup>1053</sup> Vid. Theodore ROSZAK, *¡Alerta, Mundo!: el nuevo imperialismo norteamericano*, Kairós, Barcelona, 2004, pp. 100-118.

revisión de la doctrina del *Public Policy* y de la propia Constitución de Estados Unidos, por contener un espíritu muy proclive a la libertad contractual<sup>1054</sup>.

En este análisis, otros aspectos doctrinales que podrían estar implicados serían, por un lado, el principio *pacta sunt servanda*<sup>1055</sup>, sobre el cual se construye la fuerza de los contratos, y, por otro lado, la teoría de la consideración (*consideration*) que, en el marco del *Common Law*, regula los contratos en sus dos aspectos -la ley y la moral-, así como sus límites y prestaciones.

En una interpretación literal, podría llegarse al punto de que las empresas pudieran, por medio de contratos, excluir el poder del Estado para controlar la sociedad y regular sus comportamientos. Esto sería sólo un ejemplo, llevado al extremo, de la actual problemática a la que se enfrenta la doctrina jurídica y los poderes del Estado, quienes confunden el término “contratista militar privado”, contribuyendo así a complicar más la situación jurídica de estos sujetos que se encuentran entre los límites de lo civil y lo militar.

En este contexto, recordemos otra normativa relevante: la Ley sobre Crímenes de Guerra (*War Crimes Act*), de 1996<sup>1056</sup>. En esta ley no se hacía mención a la figura de los “contratistas militares privados”, pero, sí se refería a las consecuencias penales dimanantes para aquellos individuos que cometieran graves infracciones de los Convenios de Ginebra de 1949, o bien si el delito fuera cometido por o en contra de un nacional de Estados Unidos o un integrante de las Fuerzas Armadas estadounidenses. En 2006 esta ley fue reemplazada por la Ley de Comisiones Militares (acusada de ser la ley de despenalización de la tortura)<sup>1057</sup>, que introducía un nuevo sistema de tribunales militares para los presos que el gobierno estadounidense considerara desde su óptica

---

<sup>1054</sup> Recordemos que el artículo 1, sección 10, párrafo 1, de la Constitución señala que ningún Estado podrá aprobar ninguna ley que vaya en contra de las obligaciones derivadas de los contratos. Para Juan Javier Del Granado, el Derecho estadounidense ofrece ventajas incomparables para la aplicación del derecho comercial y las obligaciones cuasicontractuales. Vid. Juan Javier DEL GRANADO, *A critical study of the common law, from a law and economics perspective*, Florida International University College of Law, Miami, 2010.

<sup>1055</sup> Vid. Ole SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 71.

<sup>1056</sup> Codificada en 18 U.S.C. § 2441. Vid. Iñaki RIVERA BEIRAS y Francisca CANO (coords.), *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008, p. 86.

<sup>1057</sup> 120 Stat. 2600, de 17 de octubre de 2006.

particular como “combatientes enemigos extranjeros ilegales”. En estas comisiones militares, altos oficiales del ejército son los jueces y los jurados.

Todo lo anterior nos conduce a creer que debe fortalecerse la ATCA, pues no se contemplan reformas importantes al Código Civil de Estados Unidos en lo que respecta a las ESP/EMSP. En este sentido, entre 2006 y 2007 aumentó el número de casos judiciales basados en el ATCA<sup>1058</sup>.

El Departamento de Defensa estadounidense ha tratado de transformar el concepto de “contratista militar privado” por el de “personal de contratación coyuntural” para referirse a contratistas, empleados y subcontratistas que laboran con “contratos” de corta duración firmados con el Departamento de Defensa, incluyendo tanto a nacionales como extranjeros autorizados a acompañar a las fuerzas armadas<sup>1059</sup>. Ha propuesto asimismo una subcategoría, denominada “contratistas desplegados o desplegándose con la fuerza” (*contractors deploying with the force*), quienes estarían encargados de despliegues especiales, redespliegues, rendición de cuentas y responsabilidades especiales<sup>1060</sup>.

Con estas categorías, el Departamento de Defensa trata de crear normas y procedimientos judiciales para que los detenidos puedan recibir un trato humano. Además, pretende que sean aplicadas a contratistas militares y civiles que trabajen directamente para él. Desde nuestra perspectiva, esta nueva posición que ha asumido el Departamento de Defensa es muy cuestionable y poco convincente a la luz del *Common Law estadounidense*, pues no ofrece claridad en la implementación de dicha normativa<sup>1061</sup>.

En todo caso, las categorías de personal de “contratación coyuntural” o “contratistas desplegados con la fuerza” sólo le servirían al propio Departamento de Defensa para los fines que a él le interesaran pero, considerando la jurisprudencia del *Common Law*,

---

<sup>1058</sup> En ese período temporal se presentaron 36 casos de demandas en virtud del ATCA: 20 de ellas se habían rechazado, 3 obtuvieron un arreglo fuera de los tribunales y 13 se encontraban en proceso. Vid. Bill BLAUE, “Win or Lose in Court”, *Business Ethics*, verano de 2006, p.12.

<sup>1059</sup> Vid. Iñaki RIVERA BEIRAS y Francisca CANO (coords.), *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008, p. 90 y ss.

<sup>1060</sup> Vid. Instrucción n° 3020.41, “Personal Contratista autorizado para acompañar a las Fuerzas Armadas de los EE.UU”, octubre de 2005; Directiva del Departamento de Defensa n° 3115.09; Departamento de Defensa, *Los interrogatorios de inteligencia, los interrogatorios de detenidos y el cuestionamiento táctico*, noviembre de 2005; y Directiva del Departamento de Defensa n° 2311.OIE.

<sup>1061</sup> Vid. Percy H. FLOREZ, *The Names of The Fallen: The Bush’s Legacy-Iraq War 2003-2009*, P & M Consultant’s, Sterling, 2009, pp.20-426.

conllevarían serios problemas doctrinales tanto en lo penal, civil o administrativo como en lo constitucional. Ahora bien, como apunta Jaume Saura Estapà, las ESP/EMSP son estereotipadas como infractoras genéricas de los Derechos Humanos desde una perspectiva *ad extra* (desde fuera) pero, en realidad, dentro del círculo de los contratistas empleados por estas empresas hay un mundo de diferencias, pues no todos tienen las mismas condiciones de trabajo, y en este sentido ha apuntado:

“En el imaginario colectivo, que desde luego viene confirmado por algunos informes, las EMP/ESP se nutren esencialmente de personas de pasado dudoso, algunas de las cuales han trabajado anteriormente para regímenes represivos, como en el paradigmático caso del apartheid sudafricano. Sin embargo, junto a esta realidad, también hay mucha subcontratación a través de segundas, terceras y cuartas empresas privadas, en busca de personal barato y, normalmente, con escasa formación, en países en vías de desarrollo. Así, Bondía distingue dos categorías de mercenarios: los de “alto nivel” (anglosajones, ucranianos, etc.) y los que “ingresan en esta actividad llevados por la miseria y el hambre, que pueden provenir de casi cualquier país del mundo”. Los altos ejecutivos de estas empresas pueden llegar a percibir mil euros al día: a los colombianos enviados por *Blackwater* a Irak se les prometen 3.000 euros al mes y acaban encontrándose con pagas que apenas superan los 1.000 euros mensuales”<sup>1062</sup>.

La falta de un concepto claro sobre lo qué es y lo que significa un “contratista militar privado” pone en riesgo una posible regulación de las ESP/EMSP, tanto en el interior de Estados Unidos como en el plano internacional, y es un condicionante para la aplicación del Documento de Montreux de 2008 y la propuesta Convención Internacional para la regulación y supervisión de las EMSP, así como otros instrumentos internacionales relativos al fenómeno del actual mercenarismo<sup>1063</sup>; así, por ejemplo, el concepto de “subcontratación militar privada” no es reconocido por el *Common Law* ni el *Common Law* estadounidense, ya que carece de significado teórico y práctico. Por ello, el gobierno de Estados Unidos deberá replantear seriamente sus instrumentos jurídicos y las respectivas medidas de control<sup>1064</sup>, si es que desea crear un marco teórico doctrinal regulador en el *Common Law* dirigido especialmente a las ESP/EMSP<sup>1065</sup>.

---

<sup>1062</sup> Vid. Jaume SAURA ESTAPÀ, “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí”, nº19, junio 2010, p. 11 (disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org)), que cita a David BONDÍA GARCÍA, “Un actor escasamente visualizado en Colombia: Los mercenarios”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Bosch, Barcelona, p.155.

<sup>1063</sup> Así, por ejemplo, Gary Jackson, ex director de Blackwater, se enfrenta a una demanda por tráfico de armas y falsificación de documentos. Vid. <http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<sup>1064</sup> Recordemos que, dentro del Departamento de Estado, el *Directorate of Defense Trade Controls* (DDTC) está encargado de controlar la exportación e importación de material y servicios de defensa, de conformidad con la Ley de Control de Exportación de Armas (22 U.S.C. 2778-2780 de la *Arms Export*

Una de estas premisas debería comenzar limitando, en el orden constitucional estadounidense, quiénes tienen derecho a la posesión de armas. Según el tenor literal de la Segunda Enmienda a la Constitución (“Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, el derecho del Pueblo a poseer y portar armas no será infringido”), puede parecer que el derecho a las armas se refiere a los Estados y no a los individuos, y, de hecho, durante muchos años la mayor parte de la regulación de esta materia ha sido realizada por los diversos Estados de la Unión Americana<sup>1066</sup>. Sin embargo, algunas organizaciones muy poderosas, como la *National Rifle Association* (NRA) – apoyadas por una consistente jurisprudencia al respecto<sup>1067</sup> –, argumentan que esta disposición sí crea un derecho personal a poseer armas y, por tanto, a poder comerciar con ellas<sup>1068</sup>. De hecho, los dueños de las ESP/EMSP alegan que el derecho a establecer milicias privadas proviene precisamente de esta Enmienda constitucional, que les permite crear milicias disciplinadas para la seguridad de los ciudadanos.

Un antiguo Presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger, cuestionó en público en 1991 la tesis de la NRA fuertemente y la calificó como una estafa a la ciudadanía, pues la Enmienda se refiere a la posesión de armas en el contexto de una milicia disciplinada bajo el orden estatal, y no en el marco de los derechos individuales; para Warren

---

*Control Act*) y el siguiente Reglamento: el *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR) (22 CFR Parts. 120-130).

<sup>1065</sup> Vid. Pilar POZO SERRANO y Lourdes HERNÁNDEZ MARTÍN, “El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia en Irak”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 315-351.

<sup>1066</sup> En las primeras décadas de la existencia de Estados Unidos, el debate sobre el significado y el alcance del derecho establecido por la Segunda Enmienda estuvo enmarcado dentro de la polémica entre los Federalistas y los Antifederalistas. Vid. Alexander DeCONDE, *Gun Violence in America: the Struggle for Control*, Northeastern University Press, Boston, 2001, p. 27 y ss. Sobre esta cuestión pueden leerse, entre otros, Carl T. BOGUS, *The Second Amendment in Law and History: Historians and Constitutional Scholars on the Right to Bear Arms*, The New Press, Nueva York, 2001; David H. WILLIAMS, *The Mythic Meanings of the Second Amendment: Taming Political Violence in a Constitutional Republic*, Yale University Press, New Haven, 2003; Adam WINKLER, “Scrutinizing the Second Amendment”, en *Michigan Law Review*, vol. 105, 2007, pp.683-733; Douglas G. SMITH, “The Second Amendment and the Supreme Court”, en *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 6, nº 2, 2008, pp. 591-605.

<sup>1067</sup> En los tribunales estatales y federales durante años se debatieron dos modelos de interpretación de la Segunda Enmienda: por un lado, el modelo de los “derechos individuales” afirmaba el derecho de las personas a poseer armas y, por otro lado, el modelo de los “derechos colectivos” estimaba que dicho derecho se hacía depender de ser miembros de una milicia; el Tribunal Supremo se ha decantado de forma progresiva por considerar que se trata de un derecho individual de toda persona, sin necesidad de que pertenezca a milicia alguna. Véanse en este sentido sus sentencias de 15 de mayo de 1939 en el caso *United States vs. Miller* (307 U.S. 174); de 26 de junio de 2008 en el caso *District of Columbia vs. Heller* (554 U.S. 570); y de 28 de junio de 2010 en el caso *McDonald vs. Chicago* (561 U.S. 3025).

<sup>1068</sup> La NRA fue fundada en 1871, con el objetivo principal de proporcionar armas exclusivamente a individuos de raza blanca; los negros no podían tenerlas, y cuando la población de color se armó, millones de blancos compraron armas para defenderse desde sus casas. Vid. Joaquín HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, La Catarata, Madrid, 2005, pp. 214-215.

Burger, esta garantía no otorga un derecho personal a los ciudadanos, pues es una Enmienda que refuerza la autoridad del Estado para controlar las armas<sup>1069</sup>.

La NRA y otras organizaciones privadas han llevado esta controversia hasta el límite, al punto de que la Segunda Enmienda es de las más polémicas dentro del Derecho estadounidense. Los simpatizantes que defienden el derecho a poseer armas alegan que la Novena Enmienda de la Constitución declara que ninguna disposición puede violar un derecho de los ciudadanos previamente reconocido<sup>1070</sup>. Por tanto, las eventuales disposiciones que lleguen a prohibir abiertamente el derecho personal a poseer armas podrían ser ilegítimas y conculcadas. De hecho, la NRA actúa como un verdadero grupo de presión en el Congreso de Estados Unidos, obstaculizando toda medida encaminada a una regulación más estricta del comercio de armamento. Esta compleja situación ha permitido que se consolide en la mentalidad de la sociedad estadounidense la percepción de tener un incuestionable derecho individual a las armas<sup>1071</sup>.

Según un reciente estudio realizado por la *Small Arms Survey*<sup>1072</sup>, en Estados Unidos hay una cantidad enorme de armas de fuego en manos de civiles, y es la sociedad más armada del mundo<sup>1073</sup>; además, es la principal potencia exportadora de armamento –ya sea comercio lícito o ilícito–<sup>1074</sup>. Existen cerca de 270 millones de estadounidenses como propietarios de armas de fuego, de los 875 millones de propietarios que hay en

---

<sup>1069</sup> Citado por Jeffrey TOOBIN, *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*. Doubleday, Nueva York, 2005, p.408; vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN y Marta MORINEAU, *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, op. cit., p. 113.

<sup>1070</sup> Según el texto de la Novena Enmienda constitucional, “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”. Vid. Kurt T. LASH, *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Michael McCONNELL, “The Ninth Amendment in Light of Text and History”, en *Cato Supreme Court Review 2009-2010*, pp.13-28; Ryan C. WILLIAMS, “The Ninth Amendment as a Rule of Construction”, *Columbia Law Review*, vol. 111, 2011, pp. 498-573.

<sup>1071</sup> Daniel Armando BARCELÓ ROJAS, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, México, 2005, op. cit., p. 60.

<sup>1072</sup> Véase este informe en [www.smallarmssurvey.org/](http://www.smallarmssurvey.org/)

<sup>1073</sup> Nos referimos a armas de fuego personales. Estados Unidos es una sociedad de “anclaje militarista por excelencia”. Vid. Carl BOGGS, *Imperial Delusions: American Militarism and Endless War*, Rowan/Littlefield, Nueva York, 2005, pp. 170-268.

<sup>1074</sup> Amnistía Internacional recomienda cada año que los Estados actualicen estrictamente las transferencias y exportaciones de armas realizadas por sus ESP/EMSP. Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Un peligro para la seguridad mundial: Las exportaciones de armas de la Unión Europea*, editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2004, pp. 98-99. Recordemos que muy recientemente la Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado el Tratado sobre el Comercio de Armas mediante su resolución 67/234B, de 2 de abril de 2012 –y se ha abierto a la firma de los Estados el 3 de junio de 2013–.

todo el planeta<sup>1075</sup>. La sociedad estadounidense compra alrededor de 4,5 de los 8 millones de armas que se fabrican anualmente<sup>1076</sup>.

En Estados como Texas, Arizona, Nuevo México, California, Nevada, Carolina del Sur o Carolina del Norte, entre otros, los vendedores autorizados (con licencia federal) pueden vender a cualquiera todos los rifles que quiera si el cliente presenta simplemente un carnet de conducir y un certificado de no tener antecedentes penales, sin necesidad de tener que registrar o informar de la venta a las autoridades estatales ni federales. En las afamadas ferias de armas de fuego (*guns shows*)<sup>1077</sup>, los negociantes o comerciantes ni siquiera tienen que registrar el nombre del comprador, ya sea éste un particular o una compra realizada a nombre de una empresa<sup>1078</sup>, lo que resulta una ventaja inmejorable para las ESP/EMSP interesadas en incrementar su arsenal<sup>1079</sup>.

En este contexto, el *Brandy Center to Prevent Gun Violence* ha indicado que cerca del 40 por ciento de las ventas de armamento no son notificadas por los vendedores autorizados. Los controles normativos son tan frágiles que, según datos de la Oficina de Contraloría del Gobierno (GAO) perteneciente al Congreso estadounidense, individuos que aparecen en un listado de terroristas compraron armas 865 veces durante cinco años hasta febrero de 2009; para junio de 2010, en Estados Unidos había al menos unos 100.000 comerciantes de armamento con licencia federal. Sólo en Texas se registraron unos 1.500 comerciantes<sup>1080</sup>. Con arreglo a la ley, los investigadores federales sólo pueden inspeccionar a un comerciante anualmente sin orden judicial, pues no existe personal suficiente para revisar a todos los comerciantes de armas de fuego<sup>1081</sup>.

---

<sup>1075</sup> Estados Unidos es el principal exportador de armas de todo tipo en el mundo. Vid. Lora LUMPE, *Tráfico de armas: el mercado negro mundial de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004, p. 112.

<sup>1076</sup> David BROOKS, "La sociedad estadounidense, la más armada del mundo", *La jornada*, México D.F., 16 de junio de 2010, p. 2, disponible en [www.jornada.unam.mx/2010/06/16/index.php?section=politica&article=002n1pol](http://www.jornada.unam.mx/2010/06/16/index.php?section=politica&article=002n1pol)

<sup>1077</sup> Vid. Joan BURBICK, *Gun Show Nation: Gun Culture and American Democracy*, The New Press, Nueva York, 2007, pp.20-220.

<sup>1078</sup> El comercio de armamento es un negocio internacional de grandes dimensiones, formado por las empresas multinacionales apoyadas por los propios Estados, en particular por los más poderosos. Vid. Gideon BURROWS, *El negocio de las armas*, Intermón Oxfam editores, Barcelona, 2003, pp. 112-114.

<sup>1079</sup> Se estima que Blackwater había exportado ilegalmente armas de fuego desde 2006. Vid. <http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<sup>1080</sup> Vid. David BROOKS, "La sociedad estadounidense, la más armada del mundo", *op. cit.*, p. 2.

<sup>1081</sup> Vid. Richard GONZÁLEZ, "La tragedia de Arizona apenas mueve las encuestas sobre el control de armas", *el mundo.es*, 12 de enero de 2011, en [www.elmundo.es/america/2011/01/12/estados\\_unidos/1294844636.html](http://www.elmundo.es/america/2011/01/12/estados_unidos/1294844636.html)

Tras la matanza de Virginia Tech en abril de 2007<sup>1082</sup>, la tragedia en un cine de Colorado en julio de 2012 cuando James Holmes ejecutó a 12 personas y dejó 58 heridos<sup>1083</sup> y más recientemente el asesinato de 20 niños y seis adultos en un colegio de Newtown (Connecticut) el 14 de diciembre de 2012<sup>1084</sup>, la NRA ha apoyado la idea de militarizar las universidades públicas y privadas del país; sin embargo, tal propuesta ha sido rechazada constantemente por quienes promueven mayores controles de armas en el país más militarizado del mundo (cerca de 280 millones de armas en poder de civiles).

El Tribunal Supremo, por su parte, ha avalado en diversas ocasiones el derecho individual a portar armas<sup>1085</sup>. Así, por ejemplo, lo hizo en 2010 en el caso de *Otis McDonald*, un ciudadano estadounidense que había reclamado el derecho a tener armas en su casa para defenderse de cualquier ataque sin importar su procedencia<sup>1086</sup>. El Tribunal Supremo declaró que el control de armas es inconstitucional, pues los ciudadanos estadounidenses tienen el derecho a poseer y portar armas de fuego. Es un derecho constitucional que no puede ser controlado ni siquiera por los Estados, tal como señala la Segunda Enmienda de la Constitución<sup>1087</sup>.

Así, cualquier ley que prohíba la compra, o bien la posesión de armas, es incompatible con dicha disposición. Con este fallo, los ciudadanos estadounidenses tienen todo el respaldo legal para defenderse por sí mismos, sin que el Estado posea completamente el monopolio de la violencia.

La decisión judicial a la que nos hemos referido fue adoptada exactamente dos años después de que el Tribunal Supremo se pronunciara de modo claro en 2008, por primera

---

<sup>1082</sup> Vid. Hermann DÍAZ, *El tiempo miente, no pasa*, LibrosEnRed, 2007, pp. 193-196.

<sup>1083</sup> CNN, “James Holmes es acusado de 142 cargos por la masacre en un cine de Colorado”, en <http://cnnespanol.cnn.com/2012/07/30/james-holmes-es-acusado-de-142-cargos-por-la-masacre-en-un-cine-de-colorado/>

<sup>1084</sup> Herald.es, “EE.UU. vive la peor tragedia reciente con un tiroteo que mató a veinte niños”, en [www.heraldo.es/noticias/internacional/2012/12/14/al\\_menos\\_herido\\_grave\\_tiroteo\\_una\\_escuela\\_21\\_5268\\_306.html](http://www.heraldo.es/noticias/internacional/2012/12/14/al_menos_herido_grave_tiroteo_una_escuela_21_5268_306.html). Sobre la respuesta en Derecho internacional a la protección de los niños como grupo especialmente vulnerable véase Pilar TRINIDAD NÚÑEZ, *El niño en el Derecho internacional de los derechos humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002,

<sup>1085</sup> Véase la nota 1067 de esta tesis, *supra*.

<sup>1086</sup> Sentencia de 28 de junio de 2010 en el caso *MacDonald vs. Chicago*, 561 U.S. 3025, 130 .S. Ct. 3020 (2010). Expediente 08- 1521.

<sup>1087</sup> Vid. Terry L. JORDAN, *La Constitución de Estados Unidos, op.cit.*, pp. 50-90.



vez en su historia, sobre el derecho individual constitucional a tener armas<sup>1088</sup>. En esa ocasión, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley vigente desde 1976 para la ciudad de Washington -Distrito de Columbia-, que prohibía la comercialización y posesión de armas de fuego. Al conocerse el fallo, los simpatizantes del derecho a portar armas presentaron inmediatamente demandas contra esa legislación. En su decisión de 2008 el Tribunal Supremo puso límites a las leyes federales, mientras que la sentencia de 2010 va más allá, pues consagra el derecho individual de los ciudadanos a poseer armas frente a las autoridades estatales y locales.

Al adoptar su decisión final, los integrantes del Tribunal Supremo se dividieron, con cinco votos a favor y cuatro en contra del total de nueve jueces que componen este órgano judicial. Como en otras ocasiones, las líneas ideológicas salieron a relucir: los jueces con tendencia originalista Antonio Scalia, Samuel Alito, Clarence Thomas, Anthony Kennedy y John Roberts se declararon a favor del derecho a poseer y portar armas, y los jueces con tendencia constructivista se alinearon en contra -Stephen Breyer, Sonia Sotomayor, Ruth Ginsburg y John Paul Stevens-, asegurando que el fallo significaba un triunfo para el *lobby* (grupos de presión, en este caso de la NRA) de las industrias de armas de fuego, y por tanto para las ESP/EMSP.

Sin embargo, este escenario triunfalista de la NRA se ha visto opacado con la reciente propuesta del Presidente Obama para controlar las armas de fuego en Estados Unidos. El proyecto de ley presentado en la Casa Blanca el 16 de enero de 2013 incluye diversas propuestas legislativas y órdenes ejecutivas para fortalecer el control de armas<sup>1089</sup>; por ejemplo, incorpora la prohibición de venta de armas de asalto y cargadores de municiones de gran capacidad. Cabe recordar que esta prohibición no es nueva, ya había sido aprobada en 1994, pero se permitió que caducara diez años después en 2004 ante el auge de las ESP/EMSP. También se prevé que el Congreso apruebe una ley que exija a todo posible comprador de armas someterse a un proceso de verificación personal, en el sentido de garantizar que no tenga antecedentes criminales ni tenga prohibida la compra de armamento.

---

<sup>1088</sup> Sentencia de 26 de junio de 2008 en el caso *District of Columbia vs. Heller* (554 U.S. 570), 128 S. Ct. 2783, 171, L. Ed. 2d. 637. Lexis, 5268.

<sup>1089</sup> Véase “Obama presenta propuestas para endurecer control de armas”, *El Diario*, 17 de enero de 2013, disponible en [www.eldiariiony.com/Joe-Biden-Obama-aprueba-ordenes-ejecutivas-control-armas#.UPjRJB0ma6M](http://www.eldiariiony.com/Joe-Biden-Obama-aprueba-ordenes-ejecutivas-control-armas#.UPjRJB0ma6M)

Cabe señalar que los comerciantes de armas en Estados Unidos están obligados a realizar una verificación de sus clientes, pese a que la misma no se realiza en la práctica, principalmente cuando son intercambios privados ahora fuertemente reforzados por el auge de Internet y las tradicionales ferias de armas. En este sentido, el Presidente Obama propone al Congreso perseguir a los particulares que compran y negocian con armas principalmente para el crimen organizado.

El Presidente también aprobó 23 acciones ejecutivas con la finalidad de fortalecer y ampliar la normativa relacionada con el intercambio de información, principalmente entre instituciones gubernamentales<sup>1090</sup>. La información deberá contener historiales de salud mental, y reforzar la seguridad pública contra quienes intenten evadir las normas existentes sobre armamento; concretamente, se pide que el sistema educativo contrate mil oficiales y asesores en este ámbito.

Por ahora, la NRA ha declarado abiertamente su rechazo a las propuestas de Obama para controlar las armas y ha convocado movilizaciones para defender el derecho a poseer armas, tal como señala la Segunda Enmienda de la Constitución. La batalla política entre la NRA y el Presidente Obama apenas ha comenzado, por lo se espera un escenario de enormes presiones cuando el proyecto de ley sea presentado próximamente al Congreso.

Es así como el *Common Law estadounidense* trata de encontrar alguna fórmula para llegar a un control más rígido del comercio de armas, que afectaría de forma directa e indirecta a las ESP/EMSP, como empresas dedicadas al negocio de las armas, y al enorme poder económico y financiero del que gozan tanto dentro como fuera de Estados Unidos. Por otro lado, la complejidad del asunto ha aumentado con la introducción en el Derecho estadounidense de la Ley Patriótica pues, si bien tiene como objetivo salvaguardar la seguridad nacional, el espinoso asunto del comercio de armas en territorio estadounidense no está suficientemente tratado en dicha ley<sup>1091</sup>.

---

<sup>1090</sup> Véase “Obama presenta propuesta para control de armas”, 16 de enero de 2013, disponible en <http://889noticias.mx/cmai/noticias/internacional/14944.html>

<sup>1091</sup> Consultar artículo 315 de la Ley Patriótica, inciso C.1, el cual declara como delitos el lavado de dinero y su aplicación en el contrabando de armamento. Vid. [www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/US-Patriot%20Act.htm#A315](http://www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/US-Patriot%20Act.htm#A315)

Una posible vía es rescatar el método de Dworkin, pues se debe iniciar impulsando una nueva filosofía del *Common Law estadounidense*<sup>1092</sup>: la fusión entre moral, política y derecho. Recordemos que Dworkin defiende la tesis del derecho como unidad, es decir, en una sola explicación de justicia y equidad. Este estudio, como hemos visto, supone la mejor interpretación del derecho, al conjuntar no sólo las opiniones del juez intérprete, sino la doctrina legal de su comunidad.

Dicho de otro modo, juez y comunidad se unen haciendo posible la *equity* y la justicia. Una ley que limite el derecho individual a las armas de fuego podría reflejar estos dos principios, que son el fundamento del *Common Law*<sup>1093</sup>. De esta manera, la sociedad estadounidense estaría en mejor posición de asimilar ese derecho a las armas con más limitaciones, y con un sentido de pertenencia más que de comercialización de las armas. Esto puede llevar a frenar la aparición masiva de ESP/EMSP en territorio estadounidense, pues estas empresas, reiteramos, aprovechan regularmente el derecho individual a portar armas para hacer grandes negocios<sup>1094</sup>, amparadas por esta controversia dentro del *Common Law estadounidense*<sup>1095</sup>.

#### VII.H. El caso *Hamdan vs. Rumsfeld*

La extrema complejidad de los conceptos “contratistas militares privados” y “combatientes ilegales” –principalmente éste último– fue puesta en evidencia en el asunto *Hamdan vs. Rumsfeld*<sup>1096</sup>. La Orden Militar Presidencial decretada en

---

<sup>1092</sup> Vid. Luis Roberto BARROSO, “La americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas. Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 14, julio-diciembre de 2010, pp. 365-372. Vid. [www.ugr.es/~redce/REDCE14pdf/09\\_BARROSO.pdf](http://www.ugr.es/~redce/REDCE14pdf/09_BARROSO.pdf)

<sup>1093</sup> Vid. Luis Roberto BARROSO, “La americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas. Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *op.cit.*, p.365.

<sup>1094</sup> Vid. Elena GRAU y Pedro IBARRA (coord.), *La política en la red: anuario de movimientos sociales*, Icaria editorial, Barcelona, 2005, pp. 7-150.

<sup>1095</sup> Saskia Sassen señala que desde el interior del derecho comercial internacional se está gestando un “derecho global estadounidense”. Vid. Saskia SASSEN, *Territorio, autoridad y derechos: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz editores, Buenos Aires, 2010, p. 337.

<sup>1096</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 557. Sobre este caso véanse Russell A. MILLER, “Hamdan Case”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com], visitada el 15 de febrero de 2013; D. SLOSS, “When Do Treaties Create Individually Enforceable Rights? The Supreme Court Pucks the Issue in *Hamdan* and *Sanchez-Llamas*”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.45, nº1, 2006, pp.20-113; y María Dolores BOLLO AROCENA, “*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº12, diciembre

noviembre de 2001 con el título “Detención, trato y juicio para ciertas personas que no son ciudadanas estadounidenses en la guerra contra el terrorismo”, permitió el enjuiciamiento por una Comisión Militar de Salim Ahmed Hamdan, quien fuera chofer y principal confidente del líder terrorista Osama Bin Laden, en razón de sus vínculos con la red terrorista Al Qaeda<sup>1097</sup>.

Brevemente, señalaremos que las comisiones militares fueron establecidas por decreto del Presidente en varias guerras internacionales, con la aprobación explícita o implícita del Congreso<sup>1098</sup>. En cuanto a las acusaciones que el gobierno estadounidense realizó contra Hamdan<sup>1099</sup>, se le imputaba conspiración para la comisión de actos terroristas, haber atacado personas y objetos civiles así como haber participado en la comisión de crímenes de guerra<sup>1100</sup>, producto de sus vínculos directos con terroristas<sup>1101</sup>.

---

2006, en [www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/hamdan-v-rumsfeld-comentario-sentencia-dictada-tribunal-supremo-estados-unidos-29-junio-2006](http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/hamdan-v-rumsfeld-comentario-sentencia-dictada-tribunal-supremo-estados-unidos-29-junio-2006). Véase también Lisa HAJJAR, “La tortura y el futuro”, en *Papeles de cuestiones internacionales*, Centro de Investigaciones para la Paz, Icaria editorial, Madrid, núm. 86, 2004, pp. 21-35.

<sup>1097</sup> Vid. Gary D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 169-170. En 2005 fue aprobada la “Ley sobre el Trato a Detenidos” (DTA), que pretendía restringir la jurisdicción del Tribunal Supremo ante recursos interpuestos por los detenidos en Guantánamo. El acusado, Salim Ahmed Hamdan, había sido capturado en el otoño de 2001 en Afganistán por la milicia anti-talibán y entregado a Estados Unidos, quien lo había llevado al campo de detención habilitado en la base naval de Guantánamo en la isla de Cuba. Como es sabido, personas acusadas de actividades terroristas contra Estados Unidos apresadas en Iraq o en Afganistán han sido retenidas durante tiempo indeterminado en la base de Guantánamo -entre otros lugares presuntamente fuera de la jurisdicción de los tribunales estadounidenses-, aunque el Tribunal Supremo de ese país ha decidido que tal base naval se encuentra bajo la jurisdicción de Estados Unidos, y que sus tribunales federales están facultados para conocer de las solicitudes de *habeas corpus* efectuadas por los allí detenidos o en su nombre -véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 en los casos *Rasul et al. v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), y *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)-. Véanse Manuel PÉREZ GONZÁLEZ y José Luis RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, *R.E.D.I.*, vol.54, n°1, 2002, pp.11-39; Ruth ABRIL, “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo””, *REEI*, n°9, junio 2005, en [www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenidos-lucha-contra-terrorismo](http://www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenidos-lucha-contra-terrorismo); Margalida CAPELLA I ROIG, “El estatuto jurídico de Guantánamo (Cuba)”, *R.E.D.I.*, vol.54, n°2, 2002, pp.773-781; Ana PEYRO LLOPIS, “La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême des Etats-Unis”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol.109, n°3, 2005, p.627 y ss.; Marco SASSÒLI, “Guantanamo, Detainees”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com], visitada el 12 de diciembre de 2012.

<sup>1098</sup> La Orden de Comisión Militar n°1, de 21 de marzo de 2002, autorizaba al Departamento de Defensa a establecer comisiones militares para el procesamiento de personas detenidas en la “guerra contra el terror”. Las relaciones entre Estados Unidos y el Derecho Penal Internacional son analizadas, entre otros, por Stefano MANACORDA, “Entre la guerre et la paix: Le droit pénal en quête de sa place”, *XVe Congrès international de Défense Sociale*, Toledo, septiembre 2007, en [www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/StefanoManacorda.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/StefanoManacorda.pdf)

<sup>1099</sup> Vid. Lisa HAJJAR, “La tortura y el futuro”, *Papeles de cuestiones internacionales*, op.cit., pp. 22-35.

<sup>1100</sup> “Estados Unidos también ha incorporado un elemento de los Convenios de Ginebra: la represión de los crímenes de guerra a través de la Ley de Crímenes de Guerra (*War Crimes Statute*). Los tribunales

En julio de 2004, la defensa letrada del acusado Hamdan interpuso una petición de *habeas corpus* ante un tribunal federal de distrito<sup>1102</sup>, alegando la inconstitucionalidad de la Comisión Militar porque no reunía los requisitos exigidos por las Convenciones de Ginebra y el Código Uniforme de Justicia Militar. El Tribunal de Distrito falló a favor del detenido, pues estimó que Estados Unidos no podía mantener tales comisiones militares salvo que demostrara primero que el detenido no era un “prisionero de guerra”<sup>1103</sup>. Dicha decisión judicial fue apelada por el gobierno, a quien le dio la razón la Corte de Apelaciones<sup>1104</sup>, y un nuevo recurso llevó el caso al Tribunal Supremo de Estados Unidos, que decidió entonces analizar la legalidad de las citadas comisiones militares especiales.

El Tribunal Supremo rechazó la decisión del tribunal de apelaciones, señalando que la Administración Bush (el Poder Ejecutivo) carecía de la autoridad suficiente para establecer estas comisiones militares judiciales sin autorización del Congreso, y calificó

---

estadounidenses tienen competencia sobre un crimen de guerra si el autor o la víctima es estadounidense o un miembro de las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Además de los crímenes de guerra, ninguna otra disposición de los Convenios de Ginebra se ha incorporado en el sistema legal estadounidense, ni tampoco los crímenes de lesa humanidad”. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, op. cit., p. 366.

<sup>1101</sup> Vid. María Dolores BOLLO AROCENA, “*Hamdan vs. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, diciembre 2006, p. 1, en [www.reei.org/reei%2012/BolloArocena\(reei12\).pdf](http://www.reei.org/reei%2012/BolloArocena(reei12).pdf)

<sup>1102</sup> El recurso del *Habeas corpus* también es una práctica consuetudinaria tradicional del *Common Law*, y se caracteriza por ser un recurso en virtud del cual los tribunales dan protección a las personas contra toda privación ilegal de su libertad. Tiene como particularidad que el magistrado resuelve respecto a la legalidad del acto reclamado, que aquí es sobre la libertad del individuo. La práctica del *habeas corpus* es un importante remedio judicial extraordinario que surgió en el sistema jurídico angloamericano para la protección de los derechos de los individuos contra los actos ilícitos de los jueces y funcionarios policiales, en particular. Así, las personas acusadas de algún delito pueden solicitar su aplicación, evitando con ello el arresto, la detención o la privación ilegal de libertad. Vid. Charles M. GRAY, *The History of the Common Law of England*, The University of Chicago Press, Chicago, 1971, pp. 9-57, en [www.press.uchicago.edu](http://www.press.uchicago.edu) Cabe agregar que, con la aplicación de la Ley Patriótica (artículos 411 al 415), el gobierno estadounidense puede detener indefinidamente a una persona si es sospechosa de ser terrorista, incluso si no ha cometido un crimen.

<sup>1103</sup> En efecto, el Tribunal de Distrito de Columbia, en su sentencia de 8 de noviembre de 2004 -344 F. Supp. 2d 152 (D.D.C. 2004)-, otorgó el *habeas corpus* solicitado a Hamdan siguiendo la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en *Hamdi vs. Rumsfeld* –sentencia de 28 de junio de 2004 (542 U.S. 507)-; y asimismo el Tribunal de Distrito consideró que los Convenios de Ginebra tienen naturaleza *self-executing* y que conceden derechos a los particulares. Véase en este mismo sentido María Dolores BOLLO AROCENA, op.cit., p.17.

<sup>1104</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones (Columbia) de 15 de julio de 2005 (415 F.3d 33): en ella se aceptaban las tesis gubernamentales de que las comisiones militares eran legales y legítimas para procesar a combatientes enemigos porque habían sido aprobadas por el Congreso, y que la III Convención de Ginebra es un tratado entre Estados que no confiere derechos individuales; asimismo, este tribunal recuerda que la lucha contra Al Qaeda no es una guerra entre dos países y que, por otro lado, la Convención de Ginebra sólo garantiza un procedimiento judicial estándar sin indicar cuál ha de ser la jurisdicción concreta que enjuicie al prisionero; además, las Convenciones de Ginebra no son aplicables a terroristas como los integrantes de Al Qaeda, y el Poder Judicial de Estados Unidos no tiene potestad por sí mismo para hacer cumplir la Convención de Ginebra (pp.36-43).

de ilegales a tales comisiones militares *ad hoc* –creadas al margen de la jurisdicción ordinaria-, porque sus estructuras y procedimientos vulneraban tanto el Código Uniforme de Justicia Militar como las Convenciones de Ginebra<sup>1105</sup>. En concreto, el Tribunal Supremo precisó lo siguiente:

- 1) Este tribunal tenía el derecho de examinar la licitud o no de la Comisión Militar;
- 2) El Presidente tenía el poder de establecer comisiones militares para enjuiciar a presuntos terroristas, de conformidad con la Autorización del Congreso para el uso de las Fuerzas Armadas, el Código Uniforme de Justicia Militar<sup>1106</sup> y la Ley de tratamiento de detenidos, y en pleno respeto de los Convenios de Ginebra;
- 3) Los procesos judiciales realizados bajo la Comisión Militar no reunían los requisitos exigidos por el Código Uniforme de Justicia Militar y por las Convenciones de Ginebra –en concreto su artículo 3 común (que prohíbe las condenas sin previo juicio ante un tribunal con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados), considerado el estándar mínimo aplicable a todo conflicto armado, ya sea interno o internacional-;
- 4) El III Convenio de Ginebra de 1949 era aplicable a la lucha contra el grupo terrorista Al Qaeda en Afganistán.

En conclusión, el procesamiento judicial de Hamdan por la Comisión Militar podía considerarse incompatible con los requisitos exigidos por la legislación estadounidense sobre justicia militar y por los Convenios de Ginebra<sup>1107</sup>.

---

<sup>1105</sup> Sentencia de 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 557. “El Tribunal Supremo declaró que las Comisiones Militares creadas por la Orden presidencial del 13 de noviembre de 2001 carecían de poder para juzgar al Sr. Hamdan porque violaban el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos y las Convenciones de Ginebra, no respetaban las garantías procedimentales legales y porque el delito de conspiración del que era acusado no está tipificado en las leyes de la guerra”. Cfr. Caterina GARCÍA SEGURA y Ángel J. RODRIGO, *Los límites del proyecto imperial: Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2008, p. 159; y A. REMIRO BROTONS y otros autores, *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 784.

<sup>1106</sup> También se puede consultar en “The Uniform Code of Military Justice”, disponible en [www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm)

<sup>1107</sup> Vid. Russell A. MILLER, “Hamdan Case”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 12 de enero de 2013; y Klapper BRADLEY, “ICRC concerned over whether new U.S. terror law complies with Geneva Conventions”, *Associated Press Worldstream*, 19 de octubre de 2006, pp. 3-6.

En cuanto a la competencia del Tribunal Supremo para examinar la licitud de la Comisión Militar, el gobierno estadounidense había argumentado que la Ley de tratamiento de detenidos de 2005 prohíbe a los tribunales federales civiles examinar las peticiones de *habeas corpus* de los detenidos en la base naval de Guantánamo<sup>1108</sup>. Ante esta alegación, el Tribunal decidió no examinar la constitucionalidad de la citada Ley<sup>1109</sup>, pero sí evaluar el asunto *Hamdan*, puesto que consideró que dicha Ley no proscribía las peticiones de *habeas corpus*<sup>1110</sup>.

En la cuestión de fondo sobre la legalidad de la Comisión Militar, el Tribunal consideró aplicable el artículo 36 del Código Uniforme de Justicia Militar (CUJM), que autoriza al Presidente a establecer mecanismos como las Comisiones Militares, pero con la condición de que éstas fueran semejantes a los tribunales marciales dedicados a tratar cuestiones disciplinarias de los integrantes de las fuerzas armadas.

En el caso *Hamdan*, la Administración Bush había autorizado procedimientos cuya ecuanimidad no era clara: por ejemplo, la Comisión prohibía al acusado conocer la prueba que existía en su contra, alegando que podría divulgarla y que ello representaría un serio peligro para la seguridad nacional<sup>1111</sup>. En este contexto, el Tribunal Supremo recordó que no era válido adoptar cualquier regla de procedimiento para las comisiones militares, sino que su normativa tenía que ser similar a la ya existente para los tribunales marciales<sup>1112</sup>.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo puso indirectamente al *stare decisis* o precedente como regla general del *Common Law*, pues es la base del sistema judicial estadounidense que la Administración Bush en el asunto *Hamdan* no consideró en su análisis<sup>1113</sup>, sino que trató de imponer a toda costa su percepción contenida en la Ley

---

<sup>1108</sup> De acuerdo con Wikileaks, el gobierno estadounidense ha establecido en Guantánamo un sistema policial y penal sin garantías, en donde sólo interesan dos cuestiones: cuánta información se puede obtener de los reclusos y si éstos pueden ser agentes peligrosos para su seguridad nacional. Vid. [www.cadenaser.com/internacional/articulo/wikileaks-desvela-abusos-guantanamo/csrsrpor/20110425csrsrint\\_2/Tes](http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/wikileaks-desvela-abusos-guantanamo/csrsrpor/20110425csrsrint_2/Tes)

<sup>1109</sup> Caterina GARCIA SEGURA y Ángel J. RODRIGO HERNÁNDEZ, *Los límites del proyecto imperial: Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, op. cit., pp. 153-163.

<sup>1110</sup> Sobre el *habeas corpus* puede verse por ejemplo Eric M. FREEDMAN, *Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty*, New York University Press, Nueva York, 2003, pp. 3-143.

<sup>1111</sup> Vid. Eric FONER, *La historia de la libertad en EE.UU.*, Península, Barcelona, 2010, p. 25.

<sup>1112</sup> Vid. Marco SASSÒLI, "Guantanamo, Detainees", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 20 de febrero de 2012.

<sup>1113</sup> Vid. Eric. M. FREEDMAN, *Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty*, op.cit., pp. 3-143.

Patriótica sobre lo que es ser “terrorista” y “terrorismo”<sup>1114</sup>; es decir, normas únicas imposibles de ser interpretadas en una primera lectura por los tribunales de justicia<sup>1115</sup>.

Sin embargo, esto no supone precisamente una ruptura entre el *Common Law*, el *Common Law estadounidense* y el gobierno de Bush, sino más bien la evolución que los términos jurídicos, normas, procesos y procedimientos están sufriendo para dar respuesta a nuevos problemas dentro del *Common Law estadounidense* y el Derecho internacional<sup>1116</sup>. Por ejemplo, siguiendo el asunto *Hamdan* y la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, el Tribunal Supremo señaló que, de conformidad con el artículo 21 del CUJM, las comisiones militares debían respetar el derecho de guerra y, por tanto, resultaba de aplicación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra<sup>1117</sup>.

Éste fue uno de los puntos más polémicos en el seno del Derecho estadounidense pues, para la Administración Bush, los Convenios de Ginebra no podían ser aplicables a este tipo de individuos calificados como “combatientes ilegales”<sup>1118</sup>. En este sentido, recordemos que tampoco los “contratistas militares privados” son contemplados por los Convenios de Ginebra de 1949 ni por sus Protocolos adicionales de 1977<sup>1119</sup>.

Por un lado, anteriormente la Corte de Apelaciones había apoyado la posición del gobierno y determinado que los Convenios de Ginebra no eran aplicables en el caso *Hamdan*<sup>1120</sup>. Pero, por otro lado, el Tribunal Supremo señaló que, de conformidad con

---

<sup>1114</sup> Kenneth ANDERSON, “What to Do with Bin Laden and Al Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantánamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 25, n° 2, 2002, pp.593-634, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896845](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896845). Desde la posición contraria, lo que Washington llama “terrorismo” y “crímenes de guerra”, el Magreb árabe lo llama “heroísmo” y “resistencia”. Vid. James A. TYNER, *The Business of War: Workers, Warriors and Hostages in Occupied Iraq*, Ashgate, Aldershot, 2006, p. 3.

<sup>1115</sup> Para una revisión de la Ley Patriótica véase [www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/US-Patriot%20Act.htm](http://www.interamericanusa.com/articulos/Leyes/US-Patriot%20Act.htm)

<sup>1116</sup> Vid. Lluís BASSETS, *La oca del Señor Bush: Cómo los neocons han destruido el orden internacional*, Península, Barcelona, 2008, pp. 175-180.

<sup>1117</sup> De hecho, el Gobierno estadounidense reaccionó rápido a la sentencia del Tribunal Supremo, pues el Departamento de Defensa emitió el 7 de julio de 2006 un Memorándum sobre la “Aplicación del Artículo 3 Común de las Convenciones de Ginebra al Trato de los Detenidos en el Departamento de Defensa”.

<sup>1118</sup> Vid. Sara NETTER, *El estado del mundo. Anuario Económico Geopolítico Mundial*, Akal, Madrid, 2002, pp. 37-38.

<sup>1119</sup> José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Javier JORDAN ENAMORADO y Daniel SANSÓ-RUBERT PASCUAL, *Seguridad y Defensa hoy: construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, México, 2008, pp. 68-75.

<sup>1120</sup> Vid. Tung YIN, “Ending the War on Terrorism One Terrorist at a Time: A Noncriminal Detention Model for Holding and Releasing Guantánamo Bay Detainees”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 29, n°1, 2006, pp.149-212, disponible en [www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29\\_No1\\_Yin.pdf](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No1_Yin.pdf)



las reglas de los Convenios de Ginebra, un acusado posee el derecho inherente a ser enjuiciado por un tribunal constituido de forma regular<sup>1121</sup>. Y en este sentido, el Tribunal Supremo precisó que el gobierno de Estados Unidos no había dado explicaciones convincentes de porqué era indispensable desviarse de los procedimientos judiciales de las cortes marciales<sup>1122</sup>.

En esencia, la decisión del Tribunal Supremo afectó a la competencia que se había atribuido el Presidente Bush para decidir quiénes son y quiénes no son “combatientes enemigos” y, en su caso, privarles de protección jurídica<sup>1123</sup>. El Presidente carece de competencia para decidir cuándo se aplica a los detenidos una u otra situación jurídica, y tampoco las comisiones militares *ad hoc* pueden prohibir que el acusado reciba asistencia jurídica o que conozca los cargos penales formulados contra él<sup>1124</sup>.

Esto demostró aún más la escasa aplicabilidad del *Common Law* a estos nuevos problemas jurídicos<sup>1125</sup>, haciendo indispensable la revisión de dicho sistema judicial, sobre todo a partir de la implementación de la Ley Patriótica de 2001, la cual podría llegar a interpretarse como un desacato del Derecho estadounidense al Derecho internacional<sup>1126</sup>.

#### **VII.I. El actual Pragmatismo Jurídico estadounidense: una barrera a la regulación de las ESP/EMSP**

Desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, el institucionalismo y la beligerancia dominan particularmente la conducta estadounidense, y con estas ideas tratan de imponer nuevos esquemas de legitimidad institucional, jurídica y moral, siendo el

---

<sup>1121</sup> Vid. Bob WOODWARD, *Negar la evidencia: Bush en la guerra*, Parte 3, Belacqva, Bogotá, 2006, pp. 499-510.

<sup>1122</sup> Por su parte, Amnistía Internacional ha recomendado reiteradamente al gobierno de Estados Unidos el fin de las comisiones militares y el cierre definitivo del centro de detención de la base militar de la Bahía de Guantánamo (Cuba). Véase Amnistía Internacional, *Informe Anual 2006: el estado de los derechos humanos en el mundo*, disponible en [www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/motivos-de-preocupacion-en-el-cuarto-aniversario-de-la-guerra-de-irak/](http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/motivos-de-preocupacion-en-el-cuarto-aniversario-de-la-guerra-de-irak/)

<sup>1123</sup> Vid. María Dolores BOLLO AROCENA, “*Hamdan vs. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *op. cit.*, p. 1 y ss.

<sup>1124</sup> Vid. Luis ORTEGA ÁLVAREZ y otros, *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 372-374.

<sup>1125</sup> Véase Eduardo MEDINA MORA ICAZA, *Uso legítimo de la fuerza*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 153.

<sup>1126</sup> Vid. Bill SCHEPPLER, *The U.S.A. Patriot Act: Antiterror Legislation in Response to 9/11*, The Rosen Publishing Group, Nueva York, 2006, pp. 2-48.

pragmatismo jurídico la vía de dicha legitimación<sup>1127</sup>. En este pragmatismo jurídico estadounidense sobresalen los hechos sobre los conceptos para la construcción de una teleología de pensamiento. De ahí la crisis conceptual que se está observando en el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*, principalmente en cuestiones relativas a empresa privada de seguridad, seguridad nacional<sup>1128</sup>, terrorismo, mercenario<sup>1129</sup>, contrato, contratista militar privado, justicia militar, y otras ligadas a estas nuevas categorías.

Tal conjunto de conceptos y principios del ejercicio judicial estadounidense trata de reflejar la problemática de una realidad muy concreta que responde a cuestiones tanto internas como externas<sup>1130</sup>. Se trata de construir reglas útiles para el pensamiento jurídico estadounidense, que desconfía y rechaza el sistema internacional edificado sobre instituciones nacionales y organizaciones internacionales. Para la actual doctrina jurídica estadounidense, la desconfianza se origina en el concepto de Estado-Nación, al cual considera en crisis junto con las prácticas multilateralistas y todas las instituciones e instancias en las que se pueda apreciar<sup>1131</sup>.

Como habíamos señalado en otros espacios de la presente investigación, el debilitamiento del concepto Estado-Nación ha dado paso a la aparición de nuevos problemas, como la privatización de la guerra y la consecuente debilidad de toda la estructura jurídica internacional, incluyendo el Estado-Nación de los países más poderosos del mundo como Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Rusia<sup>1132</sup>.

---

<sup>1127</sup> Entre los conservadores estadounidenses más representativos en la época de George W. Bush se pueden mencionar a Thomas Thompson y John Ashcroft. Vid. Israel SANMARTÍN BARROS, *Entre dos siglos. Globalización y pensamiento único*, ediciones Akal, Madrid, 2007, p. 134.

<sup>1128</sup> Así por ejemplo, puede consultarse un estudio sobre el concepto de seguridad nacional estadounidense en José María RAMOS GARCÍA, *Relaciones México-Estados Unidos: seguridad nacional e impactos en la frontera norte*, Universidad Autónoma de Baja California, Tijuana, 2005, pp.32-33.

<sup>1129</sup> Vid. Holger P. HESTERMEYER, "Mercenaries", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), visitado el 10 de marzo de 2012. El Derecho internacional no ha logrado consensuar un concepto universalmente aceptado de "mercenario", siendo la definición legal ofrecida por el artículo 47.2 del Protocolo Adicional I la más autorizada (*ibídem*, pp.1 y 3). Vid. Joana ABRISKETA, *Blackwater: Los mercenarios y el derecho internacional*, FRIDE, Madrid, 2007, pp. 8-57, en [www.fride.org/publicacion/254/blackwater:-los-mercenarios-y-el-derecho-internacional](http://www.fride.org/publicacion/254/blackwater:-los-mercenarios-y-el-derecho-internacional)

<sup>1130</sup> Vid. Joana ABRISKETA, *Blackwater: Los mercenarios y el derecho internacional*, op.cit., 8-57.

<sup>1131</sup> Vid. Manuel CASTELLS, *La era de la información. El poder de la identidad*, vol. 2, Siglo XXI, México, 1999, pp. 333-336.

<sup>1132</sup> Para Samuel SCHMIDT, "El estado es la estructura que establece las relaciones de dominación político-ideológicas que se ponen por encima de la estructura económica-social para reproducirla y a su vez ser reproducido por ella, y por lo tanto es una instancia altamente dinámica. Se refuncionaliza y

En el caso particular de Estados Unidos, sus dirigentes consideran que sus intereses deben estar por encima de la comunidad internacional, que limita su eficacia y dificulta su accionar. La idea pragmática jurídica estadounidense constituye entonces el pilar del siglo XXI americano<sup>1133</sup>, y el *Common Law* su fuente inagotable de legitimidad<sup>1134</sup>.

Por ello, sería necesario que se replanteara el *Common Law estadounidense* en sus principios y leyes relativas a las ESP/EMSP y todo su personal, que no encuentra aún una categoría en dicho sistema y que en el plano internacional supone un vacío jurídico pendiente de resolver. Hay que recordar que dichas lagunas, por lo general, son el reflejo de una política creada por las propias autoridades estatales interesadas en el fortalecimiento de las ESP/EMSP, como por ejemplo Estados Unidos y Reino Unido.

Es así cómo el *Common Law* y el *Common Law estadounidense* se encuentran en una disyuntiva donde su prestigio como ejes de la evolución del Derecho público y privado se ha visto fuertemente debilitado más aún con la impunidad que rodea a las ESP/EMSP; el pensamiento filosófico y jurídico de este sistema no puede ignorarlo, pese a que existan fuertes intereses económicos, comerciales y financieros que vinculan a este tipo de empresas con el gobierno y la élite empresarial estadounidense<sup>1135</sup>.

En este punto de reflexión, sería conveniente que el *Common Law* y el *Common Law estadounidense*, considerando la complejidad de las ESP/EMSP y los procesos judiciales en los que se han visto involucradas, retomaran la teoría de los principios del proceso penal, lo que puede servir para desarrollar una concepción de Derecho procesal por medio de sus propias instituciones y construir así un método jurídico<sup>1136</sup>. Dicho método tendría la ventaja de analizar con detalle los elementos que van conformando la norma, y podría separar aquellos elementos que impidan el desarrollo de un sistema,

---

transforma constantemente; al hacerlo, transforma a toda la sociedad, para volver a ser transformado por ella". Vid. Samuel SCHMIDT, *La Autonomía relativa del Estado*, op. cit., p. 83.

<sup>1133</sup> Vid. Jesús GALLEGOS OLVERA, "El pragmatismo jurídico estadounidense en tiempos de Neoconservadurismo y Seguridad Nacional", en *Revista Enfoques*, año VI, n° 8, 2008, pp.113-128.

<sup>1134</sup> Vid. Enrique ALCARAZ, Miguel Ángel CAMPOS y Cynthia MIGUÉLEZ, *El inglés jurídico norteamericano*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 250-412.

<sup>1135</sup> Vid. Ugo MATTEI, "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, n° 1, 2003, pp. 383-448.

<sup>1136</sup> Para Kelsen, el Derecho estadounidense constituye, dentro del mundo anglosajón, el fundamento y la esencia del derecho judicial. Vid. Ángel FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, op. cit., p. 63.

como por ejemplo la inmunidad otorgada al personal estadounidense de las ESP/EMSP, que constituye un factor distorsionador para la creación de un Derecho procesal y se ha convertido en un problema relevante a resolver como laguna jurídica<sup>1137</sup>. En general, es una propuesta que podría representar una vía de solución para el *Common Law*<sup>1138</sup>.

En esta teoría de los principios del proceso penal, el principio de discrecionalidad tendría que ser claro dentro de un sistema acusatorio de las mismas características. En este sentido, en el propuesto *plea bargaining* visual y digitalizado las partes en conflicto tendrían un grado importante de autonomía con respecto al *prosecutor*, y en juicios con jurado podrían presentar pruebas con mayor libertad durante el desarrollo de las audiencias (principio de contradicción), mientras los jueces quedarían como moderadores durante el juicio oral. Se trataría de asegurar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales en este sistema acusatorio para el Derecho estadounidense.

Otra proposición consistiría en introducir nuevos mecanismos de enjuiciamiento criminal que no sólo se basen en un sistema puramente acusatorio<sup>1139</sup>, sino que sean mixtos doctrinalmente<sup>1140</sup>, es decir entre lo acusatorio y lo inquisitivo<sup>1141</sup>. En este sistema acusatorio mixto o híbrido, el delito podría ser considerado como delito público hacia la sociedad en su conjunto, sin importar las cuestiones de raza, religión o preferencias políticas, sexuales o de cualquier otra naturaleza. De esta manera, la persecución del delito no quedaría en manos de los sujetos privados, como podrían ser las ESP/EMSP.

---

<sup>1137</sup> Para profundizar en el concepto de las lagunas jurídicas puede verse Luis Maria OLASO y Jesús María CASAL, *Curso de Introducción al Derecho*. Tomo II: *Introducción a la Teoría General del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997, pp.525-533.

<sup>1138</sup> Vid. Enrique ALCARAZ, Miguel Ángel CAMPOS y Cynthia MIGUÉLEZ, *op. cit.*, pp. 250-412.

<sup>1139</sup> Vid. John H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford Studies, Nueva York, 2003, pp. 5-150.

<sup>1140</sup> Kai Ambos señala que la justicia internacional necesita cada vez más de “un sistema verdaderamente mixto *sui generis*: requiere de fiscales, abogados defensores y jueces que tengan conocimiento de ambos sistemas jurídicos (*common law* y derecho continental), y que sean capaces de ver más allá de sus propios sistemas legales” (traducción propia). Vid. Kai AMBOS, “International Criminal Law at the Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty-based Universal System” en C. STAHN y L. van den HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2010, p.170.

<sup>1141</sup> Señalemos, como características principales del sistema acusatorio estadounidense, el principio de la presunción de la inocencia, el papel neutral del juez a partir del conocimiento del hecho o del delito y, por último, el Jurado, considerado base fundamental de dicho sistema. Para entender el derecho procesal penal estadounidense consultar J.H. ISRAEL, Y. KAMISAR y W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure and the Constitution*, West, St. Paul, 1997, p.30 y ss.

Otros elementos que configurarían este modelo de enjuiciamiento criminal serían la instauración de jueces de imparcialidad efectiva al valorar las partes oral y escrita del procedimiento, o reforzar asimismo el sistema de valoración de la prueba<sup>1142</sup>, puesto que es ésta la base de la acusación, ya sea en el *plea bargaining* o en los juicios con jurado. En el caso que nos ocupa, y de presentarse una demanda, con esta propuesta las ESP/EMSP tendrían la obligación de rendir una explicación exhaustiva de su personal, actividades e ingresos, de conformidad con el sistema de valoración de la prueba<sup>1143</sup>.

Por otra parte, el *Common Law* estadounidense se encuentra inmerso en varias disyuntivas<sup>1144</sup>. Es renuente a aceptar las teorías jurídicas de países que no pertenecen al *Common Law*, pero doctrinalmente aprende de los postulados e influencias del Derecho Continental (y viceversa, pues el *plea bargaining* gana cada vez más simpatizantes en el Derecho Continental)<sup>1145</sup>. Esta compleja situación puede originar un cierto estancamiento jurídico en el intento del Derecho estadounidense por regular las ESP/EMSP, tanto interna como internacionalmente. Por ello, los abogados estadounidenses deberían fijarse más en lo qué se está haciendo en otras jurisdicciones generalmente ignoradas por su academia<sup>1146</sup>.

---

<sup>1142</sup> Véase John H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, op. cit., p. 115 y ss.

<sup>1143</sup> Vid. Miguel IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, pp. 8-15.

<sup>1144</sup> Vid. Rogelio PÉREZ PERDOMO, “Conversación con John Henry Merryman sobre la investigación en derecho comparado en los Estados Unidos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1419-1446, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/inf/inf17.pdf>

<sup>1145</sup> Vid. Daniel Armando BARCELÓ ROJAS, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, México, 2005, pp. 7-35; y Bernd SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Derecho Penal y Criminología*, vol.25, n°76, 2004, p.175 y ss.

<sup>1146</sup> El Derecho estadounidense por lo regular es estudiado en derecho comparado. Juan MONTERO AROCA, Manuel ORTELLS RAMOS y Juan Luis GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 252-253; y la abogacía estadounidense constituye ahora un punto de reflexión obligado en el mundo anglosajón. Véase José Juan TOHARIA CORTÉS, “Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica” en Luis DIEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI de España, Madrid, 2006, p. 8. De hecho, la formación y actualización de profesionales en Derecho estadounidense se ha triplicado en los últimos años; cursos y diplomaturas en diferentes universidades del mundo se abren anualmente con el propósito de conocerlo mejor, como por ejemplo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Vid. [www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/Eventos/2011/0202/](http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/Eventos/2011/0202/)

Cabe agregar que el sistema judicial estadounidense se ha caracterizado por un creciente clientelismo en los últimos años, procedente incluso de otros países<sup>1147</sup>. Sin embargo, ciertos estudiosos del Derecho estadounidense que no pertenecen a ninguna escuela de pensamiento concreta son excluidos de la esfera académica<sup>1148</sup>, aún más si apoyan una política radical y abiertamente liberal ante la problemática de las ESP/EMSP<sup>1149</sup>. Esto podría interpretarse como una debilidad del Derecho estadounidense, pues se necesita que exista mayor flexibilidad y apertura a otras formas de pensamiento, no importa si con ello el Derecho estadounidense se embarca en una especie de hibridación oficial del Derecho (continental y anglosajón), sobre todo ahora que se enfrenta a un proceso de privatización de la guerra<sup>1150</sup>, con todas las implicaciones jurídicas que ello implica<sup>1151</sup>. El reto es evitar a toda costa la impunidad de las ESP/EMSP desde las perspectivas jurídica y práctica.

Esta problemática debe ser analizada a partir de la reafirmación de que es el propio Estado el que tiene la misión primordial de garantizar la seguridad de la sociedad, imponiendo el imperio de la ley<sup>1152</sup>. La influencia de los medios de comunicación e información y la presión de la opinión pública estadounidense -y mundial- son factores que pueden resultar cruciales para el establecimiento de un marco regulador para las ESP/EMSP, y así hacerlas responsables jurídicamente de todos sus actos<sup>1153</sup>.

---

<sup>1147</sup> La firma de abogados Bingham Dana, instalada en Nueva York, calculaba en el año 2001 que había un millón de abogados en Estados Unidos, lo que consideraba como “la globalización del Derecho estadounidense”. Vid. [www.harrismoure.com/noticias-litigacion-internacional.html](http://www.harrismoure.com/noticias-litigacion-internacional.html)

<sup>1148</sup> Vid. Lawrence M. FRIEDMAN, *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, UNAM, México, 2007, pp. 106-196.

<sup>1149</sup> Véase Glen SEGELL, *Disarming Iraq*, Glen Segell Publishers, Nueva York, 2004, p. 476.

<sup>1150</sup> El 26 de enero de 2012, el gobierno estadounidense anunció que reduciría en los siguientes cinco años en un 13 % el tamaño de su ejército terrestre y en un 9 % su Cuerpo de Infantería de Marina, por lo que alrededor de 100.000 efectivos podrían ser despedidos, según el entonces Secretario de Defensa, León Panetta. Vid. <http://elmundo.com/sv/estados-unidos-reducira-soldados-del-ejercito-y-los-marines>

<sup>1151</sup> En marzo de 2011, un “contratista militar privado” estadounidense, Raymond Davis, fue acusado de asesinato en Pakistán, y el Presidente Obama exigió su liberación, alegando la inmunidad diplomática. El asunto concluyó cuando la justicia local absolvió al acusado a cambio de una indemnización a las familias de las víctimas. Vid. Carlos MIGUÉLEZ MONROY, “Blackwater, amigos del gobierno”, *Diario Universal*, 29 de marzo de 2011, en [www.diariouniversal.net/2011/03/29/blackwater-amigos-de-un-gobierno/](http://www.diariouniversal.net/2011/03/29/blackwater-amigos-de-un-gobierno/)

<sup>1152</sup> Para analizar el comportamiento del Estado en el capitalismo véase, por ejemplo, Elmar ALTVATER, “Estado y Capitalismo. Notas sobre algunos problemas de intervención estatal”, en *Cuadernos Políticos*, n°9, julio-septiembre 1976, pp. 9-12.

<sup>1153</sup> Vid. Gabriel MISAS ARANGO, *La Ruptura de los 90: Del Gradualismo al Colapso*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 38-39; y Peter W. SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca, 2003, pp. 4-50.

De esta forma, el *Common Law* estadounidense se encuentra ante un panorama sumamente diverso y, al mismo tiempo, complejo. La gran variedad de funciones y labores que pueden desempeñar las ESP/EMSP dentro de la esfera de la seguridad y la defensa es muy extensa, como ya hemos visto, y todas ellas han ido quedando bajo el marco exclusivo de las ESP/EMSP<sup>1154</sup>. Ante esta situación, el *Common Law* estadounidense contemporáneo debe continuar con su proceso de revisión y actualización, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia -particularmente en el precedente (*stare decisis transversal o cruzado*)-, así como seguir innovando *el plea bargaining* como la vía más próxima para regular los casos relacionados con las ESP/EMSP<sup>1155</sup>.

Para diversos autores contemporáneos, el paradigma del pensamiento jurídico unilateral estadounidense se debe al fortalecimiento de leyes neoliberales del interés público<sup>1156</sup>, por lo que proponen su destrucción o debilitamiento, en particular la legislación relativa a la seguridad pública y privada, salubridad y antidiscriminación, con el apoyo de empresarios y la propia autoridad federal<sup>1157</sup>.

Los jueces federales estadounidenses pertenecen en su gran mayoría a esta escuela neoliberal<sup>1158</sup>. Con esta ideología interpretan judicialmente las leyes (*statutes*) y el

---

<sup>1154</sup> Consultar Deborah D. AVANT, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 2-80.

<sup>1155</sup> Kai Ambos señala al respecto: “En el plano de los procedimientos penales internacionales, la tradicional división entre el Derecho de tradición civil y *Common Law* ha sido superada. A pesar de que es posible rastrear el origen de tradición civil o de *Common Law* respecto de las normas, éstas se han vuelto *sui generis* y únicas en su aplicación ante los tribunales de Derecho Penal Internacional. De modo que no es importante si una norma es adversarial o inquisitiva, sino si ayuda al tribunal a llevar a cabo sus tareas y si obedece a un estándar básico de juicio justo.” Vid. Kai AMBOS, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, *op.cit.*, p. 402.

<sup>1156</sup> Vid. Edgar VARELA BARRIOS, *Desafíos del Interés Público: Identidades y Diferencias entre lo Público y lo Privado*, Universidad del Valle, Cali, 1998, pp. 19-43; y Armand MATTELART, *Diversidad Cultural y Mundialización*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, pp. 81-88. Estados Unidos representa, tanto en lo teórico como en lo práctico, la difusión transnacional del libre mercado. Vid. Loïc D. WACQUANT (dir.), *Repensar los Estados Unidos: para una sociología del hiperpoder*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2005, pp. 30-239.

<sup>1157</sup> “La razón de existir del Estado es su intervención dentro de los conflictos que se plantean alrededor de la propiedad. El Estado siempre interviene, pero las formas y alcances de la intervención varían en cada coyuntura, y más aún en cada país. Lo que define las normas de intervención es fundamentalmente el proyecto de la clase dominante, el de la fracción hegemónica de esta clase, el del Estado y el de las clases dominadas (en la medida que existan). La tendencia del Estado es la maximización de su autonomía”. Samuel SCHMIDT, *La Autonomía relativa del Estado*, *op.cit.*, p.15; sobre el tema también puede consultarse, por ejemplo, Jean TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 6-70.

<sup>1158</sup> Vid. Ewoud HONDIUS, “The impact of American law and American legal theory: threat or incentive?”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 22, n° 2, 2009, pp. 27-38.

*Common Law*<sup>1159</sup>. Así, el neoliberalismo se impone entre la teoría académica y la doctrina legal del sistema judicial estadounidense<sup>1160</sup>. Por esta razón, resulta difícil que el Derecho estadounidense imponga un marco regulador, tanto efectivo como estricto, a las ESP/EMSP, pues el propio sistema político, económico y social estadounidense se entrelaza con ellas<sup>1161</sup>. Incluso la propia “aristocracia” de los abogados y estadistas estadounidenses, considerados así por el pensador y politólogo Alexis de Tocqueville, lucharía por mantener este sistema de dominación en todos los órdenes<sup>1162</sup>. Por otro lado, el Derecho estadounidense es heredero oficial del *Common Law* inglés, producto de un gran legado histórico cuya construcción se fundamentó en diversas formas de acción y tradiciones jurídicas, en un derecho común (*Common Law*)<sup>1163</sup>.

Finalmente, la abogacía estadounidense ejerce un papel de liderazgo en la formación jurídica y cultural de la sociedad<sup>1164</sup>, por su movilidad e influencia en círculos públicos y privados, defendiendo generalmente un enfoque conservador y fiel al *Common Law*<sup>1165</sup>. Ésta es una realidad que el *Common Law* estadounidense difícilmente puede ignorar.

---

<sup>1159</sup> Véase Loïc D. WACQUANT (dir.), *Repensar los Estados Unidos: para una sociología del hiperpoder*, op.cit., pp. 130-239.

<sup>1160</sup> En este sentido, Walter E. Weyl escribía en la primera mitad del siglo XX que “para promover el internacionalismo económico, debemos solidificar nuestro propio desarrollo interno; para ayudar a curar al mundo debemos mantener nuestra propia salud. El internacionalismo empieza en casa”. Vid. Walter E. WEYL, *American World Policies*, Macmillan, Nueva York, 1917, pp. 117-125; y M. REIMANN, “Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model”, *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 128-154.

<sup>1161</sup> Vid. Ewoud HONDIUS, “The impact of American law and American legal theory: threat or incentive?”, op.cit., pp. 37-38.

<sup>1162</sup> J.L. DUMAS, “Tocqueville, Philosophe de la Liberté”, *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, Université de Caen, n° 1, 1982, pp. 71-92.

<sup>1163</sup> Véase por ejemplo F. POLLOCK y F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. 2, Cambridge, 1911, p. 624 y ss. Uno de los retos con los que debe lidiar el Derecho estadounidense es el papel del legislador en el debido proceso. Vid. Juan N. SILVA MEZA, *Derechos fundamentales: Algunos retos institucionales para el siglo XXI*, UNAM, México, 2007, p. 7.

<sup>1164</sup> Vid. Lawrence M. FRIEDMAN, *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, op. cit., pp. 5-35.

<sup>1165</sup> Robert W. GORDON, “Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos: teoría y práctica”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 2, 1998, pp. 133-147, disponible en [www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica06.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica06.pdf)



## **CONCLUSIONES**

1.- El Estado ha optado cada vez más por el adelgazamiento de sus aparatos militares desde la segunda mitad del siglo XX, bajo el marco del actual proceso de globalización y de políticas neoliberales. En el plano internacional, el Estado ha impulsado reformas en los distintos organismos militares como la OTAN y el TIAR con la finalidad de fortalecer ante todo intereses particulares más que regionales, siendo Estados Unidos su principal promotor en ambos casos. Otros Estados con gran poder armamentístico, como Rusia y China, han promovido sus propias entidades militares regionales como contrapeso a la superpotencia bélica americana.

2.- Ahora bien, la introducción de tecnología militar más avanzada y el proceso de reducción de efectivos de las Fuerzas Armadas estatales ha transformado las estrategias de hacer la guerra, lo que significa que el Estado tendrá que redefinir su papel como principal responsable en el monopolio del uso de la fuerza armada y la seguridad, pues dicha atribución no puede transferirla a actores no estatales, por muy efectivos y poderosos que estos puedan ser. La fórmula que se propone en esta tesis es que ambos busquen mecanismos jurídicos de coordinación para hacer frente a los nuevos conflictos armados -internos o internacionales- del siglo XXI.

3.- La creciente privatización de la guerra y la consiguiente proliferación de empresas de seguridad privada y de empresas militares privadas (ESP/EMSP) exige una respuesta jurídica apropiada: han de establecerse mecanismos nacionales e internacionales de control para tales compañías, incluyendo la reconfiguración de los sistemas jurídicos para que precisen la responsabilidad penal de los contratistas involucrados en actos delictivos y la responsabilidad civil de tales empresas privadas. Por un lado resulta indispensable clarificar el marco normativo aplicable, tanto en el plano nacional como en el internacional. Por otro lado es insoslayable la instauración de programas de gestión y control en los más diversos ámbitos, como la contratación de estas compañías, la planificación militar de las misiones y la supervisión presupuestaria.

4.- Por otra parte, siguiendo el orden constructivista del Derecho, el sistema jurídico del *Common Law* se encuentra en la constante búsqueda de una aplicación práctica a la idea de justicia, y en particular el *Common Law estadounidense* lo ha concretado en un sistema de justicia reforzadamente pragmático. En este sentido, la prudencia ha caracterizado al *Common Law estadounidense* en los casos más difíciles a lo largo de su historia, pese a que la aprobación de la Ley Patriótica en 2001 ha transformado el Derecho estadounidense en los últimos años.

5.- El principio del *stare decisis transversal* -precedente judicial transversal- y el ATCA son hasta ahora los instrumentos vinculantes más efectivos para exigir responsabilidad a las empresas de seguridad privada y las empresas militares privadas (ESP/EMSP) y/o a sus dirigentes y personal por infracciones del Derecho internacional, en especial de sus normas humanitarias o de los Derechos Humanos.

6.- El método jurídico-filosófico en casos difíciles de Dworkin, junto con otras metodologías jurídicas que revolucionaron el sistema judicial de Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo XX, representa una alternativa efectiva para introducir un enfoque regulatorio en materia de ESP/EMSP, pues propone una filosofía pragmática que involucra a la historia, la moral, la política y el derecho bajo una misma aplicación, y descarta el enfoque positivista que actualmente predomina entre los juristas estadounidenses, reforzado aún más a partir de la aplicación de la Ley Patriótica de 2001.

7.- En este orden de reformas propuestas en el orden jurídico estadounidense, y como consecuencia directa e inmediata de la demanda interpuesta en 2007 por víctimas iraquíes contra personal de la empresa Blackwater, resulta indispensable revisar a fondo el papel del Fiscal (*prosecutor o attorney*) en el sistema judicial de ese país, pues goza de un poder jurídico y político amplio, pero impreciso. La limitación y clarificación de las atribuciones del *prosecutor* contribuirían al fortalecimiento y credibilidad del Derecho estadounidense. En este sentido, debe ser reforzado y constantemente actualizado el Manual del Fiscal Federal (*United States Attorney Manual*), que establece las pautas globales de persecución penal a ser aplicadas por los fiscales. Así este

instrumento podría llegar a servir de apoyo para la fijación de responsabilidad civil a las ESP/EMSP, y contribuir a la formación de una doctrina jurisprudencial en esta materia dentro de Estados Unidos, lo que tendría repercusiones positivas en el ámbito internacional, como la posible aplicabilidad del Documento de Montreux de 2008, aprobado internacionalmente por las mismas potencias de origen de este tipo de empresas.

8.- Otro aspecto a tomar en consideración consistiría en reformar en el *Common Law estadounidense* los principios que podrían conducir a una reglamentación de las ESP/EMSP, como el principio de oportunidad y el criterio del consenso, los cuales no se contraponen al principio de legalidad. Así el sistema judicial estadounidense encontraría una fórmula más eficaz para construir una jurisprudencia coherente en esta materia, aún en el actual contexto jurídico que ha impuesto la Ley Patriótica.

9.- Recordemos que la estricta aplicación de la ley, la claridad conceptual y la flexibilidad y adecuación de las respuestas judiciales a cada caso concreto son los elementos que han otorgado al *Common Law* su fuerza y prestigio mundial. Por ello, términos como “combatiente ilegal” y “contratista militar privado”, aún con toda su complejidad, no pueden ser empleados de modo confuso o distorsionado, pues entonces no podrían servir para la práctica judicial del precedente en el marco del *Common Law*.

10.- La decisión política del gobierno estadounidense de conceder impunidad en la práctica a los contratistas militares privados en Irak se convirtió en el principal argumento jurídico empleado por el juez de distrito Ricardo M. Urbina para exonerar a los demandados de Blackwater. Sin embargo, dicha decisión judicial fue *sui generis* en el sentido de que no concuerda con la práctica y tendencia doctrinal del *Common Law*, que no otorgaba tal inmunidad a otros grupos con similares características surgidos en la segunda mitad del siglo XX. De hecho, las posteriores decisiones de la Corte de Apelaciones y del Tribunal Supremo de reabrir los cargos contra Blackwater son un claro ejemplo de la doctrina judicial predominante en la materia. En todo caso la resolución dependerá del propio *Common Law estadounidense* en el momento de aplicar el precedente judicial (*stare decisis*), sin dejar de lado el pragmatismo que domina el pensamiento jurídico estadounidense desde finales del siglo XIX.

11.- Esta compleja situación conduce a reforzar la concepción de que el *Common Law estadounidense* hoy se caracteriza por ser un sistema jurídico dualista-híbrido: leyes y *stare decisis* colocados en un mismo nivel de relevancia para el sistema judicial. Por otro lado, es indispensable criticar aquellos acuerdos bilaterales que tengan como finalidad la concesión de inmunidad a personal civil o militar cuya conducta vulnere el Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977) y en general el Derecho internacional, pues no ha de existir lugar para dicho tipo de inmunidad.

12.- El constitucionalismo estadounidense permite una libertad empresarial prácticamente ilimitada. Es dentro de este abierto ordenamiento jurídico que todo contrato puede ser cuestionado, aún más en el actual proceso de privatización de la guerra, y por ello se deben actualizar, limitar y ajustar los principios y reglas jurídicas que rigen en materia contractual. De lo contrario, esta problemática seguirá representando un factor de desequilibrio en el *Common Law estadounidense*, al no haber sido todavía asimilado y suficientemente regulado el concepto de “contratista militar privado” en el ámbito jurídico.

13.- Por consiguiente, las lagunas jurídicas existentes en el *Common Law* y el *Common Law estadounidense* en relación con las ESP/EMSP deben ser solucionadas a través de una asimilación e inserción de dichas empresas en los sistemas jurídicos nacionales, y dejar de lado deliberadas políticas establecidas por los propios gobiernos nacionales para fomentar la contratación desregulada con estas empresas. Con ese fin, el principio de oportunidad ofrece amplias perspectivas y acepciones en función de la teoría elegida. De esta manera, tanto sus posibles manifestaciones como su implementación y posibles efectos dependerían en función de la teoría finalmente escogida, que podría ser la metodología de Dworkin en la solución de los casos difíciles; o las metodologías filosóficas-jurídicas de Robert W. Gordon, Max Rheinstein, David Cavers, Arthur T. von Mehren o Westbrook, las cuales irían acompañadas por la aplicación de los diversos criterios de oportunidad. Todo ello tendría como propósito dirigir el sistema judicial estadounidense hacia una vía jurisprudencial que aporte elementos jurídicos sólidos para la regulación de las ESP/EMSP, sin olvidar que la sociedad estadounidense goza de un amplísimo derecho individual a poseer armas, el cual ha sido consagrado por el propio Tribunal Supremo.

14.- En nuestra opinión, la citada propuesta regulatoria deviene indispensable, pues el vertiginoso aumento de la seguridad privada en el interior de los Estados fuerza a impulsar dicho proceso de cambios o enmiendas en los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, el Derecho continental en Europa occidental observa con perplejidad y preocupación cómo el creciente volumen de personal contratado para proveer servicios privados de seguridad está superando incluso la cantidad de efectivos de los cuerpos policiales nacionales. Esta evolución conduce a una revisión de las instituciones dedicadas a la seguridad y sus respectivos códigos de conducta.

15.- Por su parte, el Grupo de Expertos de la ONU sobre mercenarios debe continuar con los avances logrados a partir del Documento de Montreux y del proyecto de la futura Convención Internacional para regular las EMSP, y combatir la impunidad de la que pueden aprovecharse dichas empresas. Tal proceso debe coordinarse con las reformas o enmiendas que se presenten en las legislaciones internas de los Estados, principalmente de aquellos que son proveedores de ESP/EMSP como Estados Unidos (en particular, las propuestas legislativas y acciones ejecutivas de Obama para el control de armas de enero de 2013), Reino Unido y Sudáfrica. De estos procedimientos jurídicos dependerá en buena medida que los actores no estatales de tipo militar respeten las normas jurídicas nacionales e internacionales y se regularicen a la luz del Derecho internacional, pues todo indica que la problemática que envuelve a estas compañías privadas será cada vez más compleja. En este contexto, un sector de la comunidad internacional reclama la institucionalización de un órgano de las Naciones Unidas dedicado específicamente a las ESP/EMSP, con estatuto jurídico y autonomía propia, pues los informes y predicciones emitidos por el citado Grupo de Expertos de la ONU sobre mercenarios acerca de diversos aspectos de las actividades de las compañías militares privadas han fomentado estratégicamente la base jurídica para tratar de controlar estas empresas. Consideramos que tal institucionalización proporcionaría al Derecho internacional mayor fuerza y alcance en la regulación de las ESP/EMSP.

16.- Por ello proponemos en el contexto del Derecho estadounidense la instauración de un sistema judicial de *plea bargaining* y *plea agreement federal* para casos difíciles, digitalizado y divulgado por Internet, capaz de resolver los casos relativos a las ESP/EMSP y la ATCA, pues es la negociación filmada, en la era de la tecnología de la

información, un camino muy viable en el sistema judicial estadounidense para hacer justicia y disminuir el oscurantismo e impunidad que rodea a los “contratistas militares privados”, además de garantizar una mayor economía procesal.

17.- Por último, otra propuesta esencial que se ha presentado en el ámbito académico jurídico de Estados Unidos apunta a la deseable “internacionalización” del Derecho estadounidense, en el sentido de que su sistema jurídico y judicial sea más permeable a la aplicación interna del Derecho internacional, con el propósito de adecuar sus reglas jurídicas nacionales a las exigencias que reclama el propio avance del ordenamiento internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AA.VV., *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, editorial Icaria, Barcelona, 2008.

R. ABRIL, “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo””, *REEI*, nº9, junio 2005, en [www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenido-lucha-terrorismo](http://www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenido-lucha-terrorismo)

J. ABRISKETA, “El derecho internacional como alternativa a la fuerza armada”, en Mariano AGUIRRE y Mabel GONZÁLEZ (coords.), *Anuario CIP: De Nueva York a Kabul*, Icaria editorial, Barcelona, 2002, pp. 51-66.

W.J. ACEVES, *The anatomy of torture: a documentary history of Filartiga v. Peña Irala*, Nijhoff, Leiden, 2007.

A. ACOSTA, *Saber ver el cine*, Paidós, Barcelona, 1997.

R. ACOSTA CERÓN, *Los nuevos sujetos del derecho internacional*, ediciones Abya-Yala, Quito (Ecuador), 2002.

S. ADROHER BIOSCA y B. CAMPUZANO DÍAZ (coords.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.

S. AGUAYO, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad*, siglo XXI editores, México, 1990.

M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho Internacional Público*, tomo I, vol. II, Madrid, 1952.

M. AGUIRRE, *Tiempos Difíciles: guerra y poder en el escenario internacional*, Centro de Investigación para la Paz, Icaria Editorial, Barcelona, 2003.

M. AGUIRRE y P. BENNIS, *La ideología neoimperial: la crisis de EEUU con Irak*, Icaria editorial, Barcelona, 2003.

E. ALCARAZ VARÓ y B. LUGUES, *El español jurídico*, actualización a cargo de Adelina Gómez, Ariel, Barcelona, 2009.

J. ALCINA FRANCH e Isidoro MORENO, *Justicia y libertad: la larga marcha hacia un futuro incierto*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

F. ALDECOA LUZÁRRAGA (Coord.), *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuaderno de Estrategia

nº147, Instituto Español de Estudios Estratégico, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

J.P. ALEM, *El espionaje y el contraespionaje*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

M.G. ALTAVA LAVALL (coord.), *Lecciones de Derecho Comparado*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2003.

L. ALTHUSSER, *Maquiavelo y nosotros*, Akal, Madrid, 2004.

E. ALTVATER, “Estado y Capitalismo. Notas sobre algunos problemas de intervención estatal”, en *Cuadernos Políticos*, nº9, julio-septiembre 1976, pp. 9-30.

K. AMBOS, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

-----, “International Criminal Law at the Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty-based Universal System” en C. STAHN y L. van den HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2010, pp.161-177.

AMERICAN BAR ASOCIATION, *Criminal Antitrust Litigation Handbook*, 2ª edición, ABA Publishing, Chicago, 2006.

A. ANAYA MUNOZ, *Glosario de términos básicos sobre derechos humanos*, Universidad Iberoamericana, México, 2005.

H. ANDALUZ, *Positivismo normativo y Derecho internacional*, Plural editores, La Paz, 2005.

P. ANDRÉS DE SANTA MARÍA, “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”, *R.E.D.I.*, vol. 55, nº 1, 2003, pp. 205-222.

CH.G. APPY, *La guerra de Vietnam, Una historia oral*, Editorial crítica, Barcelona, 2008.

G.C. ARANDA y S. SALINAS CAÑAS, *Conflicto de identidades y política internacional*, Ril editores, Santiago de Chile, 2005.

G. ARNOLD, *The New South Africa*, Macmillan, Londres, 2000.

C. ARRANZ DE ANDRÉS y M. SERNA VALLEJO (coords.) *Estudios de Derecho español y europeo*, ed. Universidad de Cantabria, Santander, 2009.

S.J. ASTORINO, “History and Legal Discourse: The Language of the New Legal History”, en *Duquesne Law Review*, vol. 23, nº2, 1985, pp. 263-274.



## Bibliografía

- B. AYLLÓN PINO, *Las relaciones hispano-brasileñas: de la mutua irrelevancia a la asociación estratégica (1945-2005)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- L. BACA OLAMENDI y otros, *Léxico de la política*, Fondo de Cultura Económica-FLACSO, México, 2000.
- G.M. BADR, *State Immunity: an Analytical and Prognostic View*, Nijhoff, La Haya, 1984.
- M. BALLBÉ y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona, 1997.
- E. BALTAR RODRÍGUEZ, *Afganistán y la geopolítica internacional: de la intervención soviética a la guerra contra el terrorismo*, Plaza y Valdés, México, 2003.
- A. BASCUÑÁN VALDÉS, *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- L. BASSETS, *La oca del Señor Bush: Cómo los neocons han destruido el orden internacional*, Península, Barcelona, 2008.
- L.N. BAYER, *Ruth Bader Ginsburg*, Chelsea House, Nueva York, 2000.
- U. BECK, *Sociedad del riesgo global*, XXI, Madrid, 2002.
- N. BEISINGHOFF, *Corporations and Human Rights: an Analysis of ATCA Litigation against Corporations*, Peter Lang, Frankfurt, 2006.
- P. BENNIS, *Desafiando al Imperio, resistencias de los pueblos, gobiernos y la ONU al poder norteamericano*, Transnational Institute, 2010.
- P. BERGALLO, “El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 9, nº1, 2008, pp.243-256.
- A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Filadelfia, 1991.
- A. BERISTAIN, *Derecho Penal, Criminología y Victimología*, Editorial afiliada, Curitiba, 2007.
- J.M. BILBAO UBILLOS, F. REY MARTÍNEZ y J.M. VIDAL ZAPATERO, *Lecciones de Derecho comparado I*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- M. BISHARA, “Una Estrategia Coherente, El nuevo rostro del mundo”, Editorial Aun creemos en los sueños, selección de artículos de *Le Monde Diplomatique*, Chile, 2002, pp. 4-80.
- C. BOGGS, *Imperial Delusions: American Militarism and Endless War*, Rowan/Littlefield, Nueva York, 2005.

L. BOISSON DE CHAZOURNES, J-F. QUÉGUINER y S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations: Les réponses du droit et de la justice*, Bruylant, Bruselas, 2004.

C. BONNEFOY y J. LAGOS, *Relaciones Internacionales, Repertorio de Instrumentos Internacionales*, editorial jurídica de Chile, Santiago, 1966.

J.L.C. BOSCH, J. FARRÀS, M. MARTÍN, J. SABATÉ y D. TORRENTE, “Estado, Mercado y seguridad ciudadana. Análisis de la articulación entre la seguridad pública y privada en España”, *Revista Internacional de Sociología*, nº39, septiembre-diciembre de 2004, tercera época, pp. 105-135.

B. BOUTROS-GHALI, *Un Programa de Paz, Memoria sobre la labor de la Organización*: Documento A/4/47/1, septiembre de 1992.

A.D. BOYER, *Sir Edward Coke and Elizabethan Age*, Stanford University Press, Stanford, 2003.

K. BRADLEY, “ICRC concerned over whether new U.S. terror law complies with Geneva Conventions”, *Associated Press Wolrldsteam*, 19 de octubre de 2006, pp. 3-6.

J.R. BRAVO ARTEAGA, *Derecho tributario: Escritos y reflexiones*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

R. BRENES ROSALES, *Introducción a los derechos humanos: antología*, editorial, Universidad Estatal a distancia, San José de Costa Rica, 1992.

S.G. BREYER, *Active Liberty*, Vintage Books, Nueva York, 2006.

Z. BREZINSKI, *El gran Tablero Mundial, la supremacía estadounidense y sus imperativos geoestratégicos*, Paidós Iberica, Barcelona, 1998.

D. BROOKS, “La sociedad estadounidense, la más armada del mundo”, *La jornada*, México D.F., 16 de junio de 2010, p. 2, disponible en [www.jornada.unam.mx/2010/06/16/index.php?section=politica&article=002n1pol](http://www.jornada.unam.mx/2010/06/16/index.php?section=politica&article=002n1pol)

J. BROWN, *Las Convenciones y declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, Oxford University Press, Nueva York, 1916.

J. BURBICK, *Gun Show Nation: Gun Culture and American Democracy*, The New Press, Nueva York, 2007.

M. BURGAN, *The Bill of Rights*, Compass Point Books, Minneapolis, 2002.

J. BURKE, *Al Qaeda, The True Story of Radical Islam*, I.B. Tauris, Nueva York, 2004.

G. BURROMS, *El negocio de las armas*, Intermón Oxfam editores, Barcelona, 2003.

R. BUXBAUM, “A Legal History of International Reparation”, *Berkeley Journal of International Law*, vol.23, 2005, pp.314–346.

- N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002.
- L. CÁCERES RUIZ, *La Corte Penal Internacional: el Estatuto de Roma*, editorial Visión Net, Madrid, 2009.
- M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994.
- C. CALVO WEATON, *Historia de los progresos del derecho de gentes, en Europa y América, desde la paz de Westfalia hasta nuestros días*, Tomo 1, imprenta de José Jacquin, París, 1861.
- P. CALVOCORESSI, *Historia política del mundo contemporáneo: de 1945 hasta nuestros días*, Akal, Madrid, 1999.
- N. CAMACHO RODRIGUEZ, *Derecho constitucional y otros temas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- A. CAMPILLO, *Variaciones de la vida humana: Una teoría de la historia*, ediciones Akal, Madrid, 2001.
- F. CANTE, *Libertades individuales y acción colectiva*, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2010.
- N.A. CANTO VERA, *La función diplomática*, Universidad Autónoma de Baja California Norte, Tijuana, 2006.
- M. CAPELLA I ROIG, “El estatuto jurídico de Guantánamo (Cuba)”, *R.E.D.I.*, vol.54, nº2, 2002, pp.773-783.
- J. CARDONA LLORÉNS, “La resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad en Afganistán. ¿un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?”, *R.E.D.I.*, vol. LIII, 2001, pp. 227-246.
- J. CARDONA LLORÉNS, “Las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?”, *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, vol. VI, 2003, pp. 756-870.
- E. CARRANZA (coord.), *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Siglo XXI, México, 2009.
- F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *R.E.D.I.*, vol.58, nº2, 2006, pp.711-736.
- F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *ADI*, vol.23, 2007, pp.63-99.

J.A. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1994.

J.A. CARRILLO SALCEDO (coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

M. CASTELLS, *La era de la información. El poder de la identidad*, vol. 2, Siglo XXI, México, 1999.

Ph. CERNY, "Neomediavism, Civil War and the New Security Dilemma: Globalization as Durable Disorder", *Civil Wars*, vol 1, nº 1, 1998, pp.36-64.

M.J. CERVELL HORTAL, "La denuncia del Tratado ABM por Estados Unidos", *R.E.D.I.*, vol. LIV, nº 1, 2002, pp.509-514.

V.D. CHA, "Globalization and the Study of International Security" en *Journal of Peace Research*, vol. 37, nº 3, 2000, pp. 391-403.

P. CHATTERJEE, "Give War a Chance: the Life and Times of Tim Spicer", *CorpWatch*, 9 de junio de 2004, en <http://corpwatch.liveradicaldesigns.org/article.php?id=11361>

N. CHOMSKY y H. DIETERICH, *Hablemos de Terrorismo*, Txalaparta, Tafalla, 1998.

N. CHRISTIE, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

A. CHUECA SANCHO, "Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española", *Rev. Fac. Der. Univ. Complutense*, vol.65, 1982, pp.113-146.

A. CHUECA SANCHO y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, "La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española", *R.E.D.I.*, vol.40, nº2, 1988, pp.7-54.

J.N. CLARK, "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *European Journal of International Law*, vol.20, nº2, 2009, pp.415-436.

C. von CLAUSEWITZ, *Arte y Ciencia de la Guerra*, Grijalbo, México, 1990.

B. CLAVERO, *Historia del derecho: derecho común*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.

J. CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2004.

J. CICERO FERNANDEZ, *Protección de Extranjeros en los Estados Unidos de América*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992.

## Bibliografía

A. COLOMER VIADEL, *Constitución, estado y democracia en el siglo XXI*, editorial de la UPV, Valencia, 2006.

N.A. COMBS, "Copping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes", *University of Pennsylvania Law Review*, vol.151, nº 1, 2002, pp. 1-157.

E. CONDE PÉREZ (Coord.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

E. CONDE PÉREZ (Dir.), *Terrorismo y legalidad internacional*, Dykinson, Madrid, 2012.

L. CONDORELLI, "L'évolution des mécanismes visant á assurer le respect du Droit international humanitaire", en *L'évolution du Droit international. Mélanges offerts à Hubert Thierry.*, Pedone, París, 1998, pp. 127-133.

P. CONESA, "Modernes mercenaires de la securité", *Le Monde Diplomatique*, abril 2003, en [www.monde-diplomatique.fr/2003/04/CONESA/10080](http://www.monde-diplomatique.fr/2003/04/CONESA/10080)

J.K. COOLEY, *Guerras profanas: Afganistán, Estados Unidos y el terrorismo*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002.

V. COX, *Clarence Thomas*, Infobase Publishing, Nueva York, 2008.

J. CRAWFORD, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado: Introducción, texto y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2004.

J.R. CRAWFORD, "State Responsibility", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

M. van CREVELD, *La transformation de la guerre*, traducción de J. Bodin, Editions du Rocher, Paris, 1998.

P. CRUZ ZÚÑIGA, A. GONZÁLEZ GIL y R. MEDINA MARTÍN, *La diáspora colombiana. Derechos humanos&migración forzada. Colombia-España 1995-2005*, ArCiBel editores, Sevilla, 2008.

J. CURBET, *La glocalización de la inseguridad*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2006.

M.R. CZINKOTA e I.A. RONKAINEN, *Marketing internacional*, Cengage learning editores, México, 2008.

M. DAMASKA, "Negotiated Justice in International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, vol.2, 2004, pp.1018-1039.

P. d'ARGENT, *Les Réparations de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant, Bruselas, 2002.

M. DARIUS NAZEMROAYA, "The Sino-Russian Alliance: Challenging Americans Ambitions in Eurasia", Center for Research on Globalization, en [www.globalresearch.ca](http://www.globalresearch.ca), febrero, 2008

C.P. DAVID, *La guerra y la paz, enfoque contemporáneo sobre la seguridad y la estrategia*, Icaria editorial, Barcelona, 2008.

J.C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

A. DE LA OLIVA SANTOS, "La justicia "negociada", o el fracaso de un modelo de justicia que no debemos copiar (No confundir sentencias "negociadas" con sentencias por conformidad)", en *Por Derecho*, II Época, de 7 de mayo de 2012, en <http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2012/05/una-noticia-sobre-el-caso-urdangarin-y.html>

F. DE QUADROS y J.H. DINGFELDER STONE, "Act of State Doctrine", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

C. DEL ARENAL, "La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, pp.17-85.

J.J. DEL GRANADO, *Controversia de Imperio Legis et Emblemata de Origine Iuris*, Editorial Javeriana, Bogotá, 2003.

-----, *A critical study of the common law, from a law and economics perspective*, Florida International University College of Law, Miami, 2010.

C. DEL PONTE y Ch. SUDETIC, *La Caza, yo y los criminales de guerra*, Ariel, Barcelona, 2009.

R. DEKKERS, *El derecho privado de los pueblos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

M. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

G. DÍAZ, "Las capacidades de inteligencia en las operaciones de mantenimiento de la paz bajo mandato de la ONU", *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, número 21, febrero 2008, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano)

H. DÍAZ, *El tiempo miente, no pasa*, LibrosEnRed, 2007.

J.C. DÍAZ, *EE.UU. Una nación de Dios?*, LibrosEnRed, 2006.

## Bibliografía

- C.M. DÍAZ BARRADO, *El Derecho Internacional del Tiempo Presente*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004.
- J. DÍAZ-CARDIEL, *Obama y el liderazgo pragmático*, Profit editorial, Barcelona, 2010.
- M. DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- R. DOMINGO OSLÉ, “Diez principios de Derecho Global”, en Consuelo ARRANZ DE ANDRÉS y Margarita SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pp. 265-285.
- E. DOMÍNGUEZ, “Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las nuevas dimensiones de las actividades del Consejo de Seguridad en el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº2, junio 2001, en [reei.org](http://reei.org)
- D. DRACHE, *La ilusión continental. Seguridad fronteriza y búsqueda de una identidad norteamericana*, Siglo XXI, México, 2007.
- R.V. DULMEN, *Los inicios de la Europa moderna (1550-1648)*, siglo XXI de España, Madrid, 1990.
- J.L. DUMAS, “Tocqueville, Philosophe de la Liberté”, *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, Université de Caen, nº 1, 1982, pp.71-92.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.
- J. ELSTER, *Rendición de Cuentas: la Justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz editores, Buenos Aires, 2006.
- C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Paz y derechos humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1996*, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1997, pp.47-102.
- J. ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, *Terrorismo ante el Derecho internacional público*, editorial Liber Factor, Madrid, 2008.
- , *Lecciones de Relaciones Internacionales*, Aebius, Madrid, 2010.
- C. ESPAÑADERO, *El problema del terrorismo*, 2009.
- C. ESPÓSITO MASSICCI, *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- M. EVANGELISTA, *Law, ethics and the war on terror*, Polity Press, Cambridge, 2008.
- G. FAIELLA, *John Locke: Champion of Modern Democracy*, Rosen, Nueva York, 2006.

- N. FERGUSON, "Hegemony or Empire?" *Foreign Affairs*, vol.82, nº5, 2003, pp.154-161.
- R. FERNÁNDEZ DE CASTRO y H. BLACKMORE (coords.), *¿Qué es Estados Unidos?*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. JORDAN ENAMORADO y D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, *Seguridad y Defensa hoy: construyendo el futuro*, Plaza y Valdés, México, 2008.
- Á. FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional: Una aproximación al tema*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- N. FERNÁNDEZ SOLA, "La Unión Europea en el Cáucaso y Asia Central: las limitaciones de la política de vecindad", *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, nº 43, 2007, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal)
- J. FERRER LLORET, "La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España", *ADI*, vol.23, 2007, pp.3-61.
- J. FERRER LLORET, "La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de derechos humanos", *R.E.D.I.*, vol.59, nº1, 2007, pp.29-63.
- C. FIBIA, *Mi nombre es nadie: el viaje más antiguo del mundo*, Icaria editorial, Barcelona, 2008.
- S. FLORES LIERA, "De Nuremberg a La Haya: la responsabilidad penal de las personas por crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto", *Revista Mexicana de Política Exterior*, número 76-77, 2006, pp.51-76.
- P.H. FLOREZ, *The Names of The Fallen: The Bush's Legacy-Iraq War 2003-2009*, P & M Consultant's, Sterling, 2009.
- E. FORIGUA ROJAS, "Las nuevas guerras: un enfoque desde las estructuras", *Papel Político*, vol. 11, nº1, enero-junio 2006, pp. 305-352.
- G.H. FOX, "Reexamining the Act of State Doctrine: An Integrated Conflicts Analysis", *Harv. Int'l L. J.*, vol.33, nº1, 1992, pp.521-569.
- H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- C. FRANSESC, *Alerta: informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción*, Icaria editorial, Barcelona, 2007.
- E. FRATTINI, *CIA: Historia de la Compañía*, Editorial EDAF, Madrid, 2005.
- E. FRATTINI, *KGB: Historia del Centro*, Editorial EDAF, Madrid, 2005.
- E. FRATTINI, *Los servicios secretos*, EDAF, Madrid, 2006.



## Bibliografía

E.M. FREEDMAN, *Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty*, New York University Press, Nueva York, 2003.

F. FUKUYAMA, “La grieta entre Estados Unidos y sus aliados”, en *Perspectiva*, CIPE, octubre de 2002, p. 22.

E.A. GAETE GONZÁLEZ, *La extradición ante la doctrina y la jurisprudencia, 1935-1965*, Escuela de Derecho de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1972.

F. GALGANO (dir.), *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bolonia, 1992.

A. GALINSOGA JORDÀ (ed.), *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: el “caso Couso”*, Ediciones de la Universitat de Lleida y de la Universidade de Santiago de Compostela, Lleida-Santiago de Compostela, 2012.

J. GALLEGOS OLVERA, “El pragmatismo jurídico estadounidense en tiempos de Neoconservadurismo y Seguridad Nacional”, en *Revista Enfoques*, año VI, n° 8, 2008, pp.113-128.

D. GALLO, “La hora del rearme: el nuevo escenario de la defensa regional” en [www.lanacion.com](http://www.lanacion.com), de 19 de febrero de 2008 (8 págs.).

M. GANDÁSEGUI, *Crisis de Hegemonía de Estados Unidos*, Siglo XXI, México, 2007.

J.A. GARCÍA MUÑOZ, *Derecho Económico de los Contratos*, Librería del Profesional, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2001.

M. GARCÍA REYES y G. RONQUILLO, *Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración geopolítica*, Plaza y Valdez, México, 2005.

D. GARCÍA SAN JOSÉ, “Unilateralismo y Multilateralismo como conceptos de geometría variable en la sociedad internacional poscontemporánea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 15, junio 2008, disponible en [www.reei.org/reei%2015/DanielSan.pdf](http://www.reei.org/reei%2015/DanielSan.pdf)

C. GARCÍA SEGURA y A.J. RODRIGO HERNÁNDEZ, *Los límites del proyecto imperial: Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2008.

M.R. GARNICK, “Two Models of Prosecutorial Vindictiveness”, en *Georgia Law Review*, vol. 17, 1983, pp. 467-507.

A. GETTY y O. NAUMOV, *La lógica del terror. Stalin y la autodestrucción de los bolcheviques. 1932-1939*, Crítica, Barcelona, 2001.

J. GIRÓN, S. PAJOVIC y J. M. ARIJA, *Los Nuevos Estados de la Antigua Yugoslavia*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1999.

R. GODSON, “Conferencia internacional sobre seguridad y justicia en democracia”, *Gaceta UNAM*, número 4.344, 13 de junio de 2011, p. 7.

J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993.

J.L. GÓMEZ COLOMER, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Universitat de Jaume I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

P. GÓMEZ GARCÍA y P. MORÍN, *Las ilusiones de la identidad*, Frónesis Cátedra Universitat de Valencia, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.

A. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *United States vs. Machaín*, UNAM, México, 1993.

R. GONZÁLEZ, “La tragedia de Arizona apenas mueve las encuestas sobre el control de armas”, en *elmundo.es*, 12 de enero de 2011, en [www.elmundo.es/america/2011/01/12/estados\\_unidos/1294844636.html](http://www.elmundo.es/america/2011/01/12/estados_unidos/1294844636.html)

P. GONZÁLEZ CASANOVA, *La Universidad necesaria en el siglo XXI*, ediciones Era, México, 2001.

L. GONZÁLEZ DÍAZ, *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, editorial Limusa, México, 1989.

I. GONZÁLEZ GARCÍA, *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*, Dykinson-serie estudios internacionales y europeos de Cádiz, Madrid, 2005.

R.W. GORDON, “Historicism in Legal Scholarship”, en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp.1017-1056.

R.W. GORDON, “Critical Legal Histories”, *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp.57-125.

E. GRAU y P. IBARRA (coord.), *La política en la red: anuario de movimientos sociales*, Icaria editorial, Barcelona, 2005.

Ch.M. GRAY, *The History of the Common Law of England*, The University of Chicago Press, Chicago, 1971.

J. GUARDIOLA GARCÍA, *La realización arbitraria del propio derecho*, Universitat de Valencia, Valencia, 2003.

S. GÜELL PERIS, “El papel de las ONG, ETN y EMSP en la resolución de crisis relacionadas con la seguridad internacional. Una perspectiva desde el Derecho internacional”, en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (Coord.), *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuaderno de Estrategia nº147, Instituto Español de Estudios Estratégico, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pp. 24-73.

## Bibliografía

- J. GUEVARA, *La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana*, Porrúa, México, 2005.
- C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, DM, Murcia, 2005.
- J. GUTIÉRREZ GILSANZ, *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, editorial La Ley, Madrid, 2007.
- A. GUTIÉRREZ GÓMEZ, *La propuesta: Complejidad, derecho y representación política*, Universidad Iberoamericana, México, 2003.
- F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI y M. VALCÁRCE LÓPEZ (dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
- J. HABERMAS, *La inclusión de otros Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1999.
- G. HAFNER, M.G. KOHEN y S.C. BREAU (eds.), *State Practice Regarding State Immunities*, Nijhoff, Leiden, 2006.
- G. HAFNER, “United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004)”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)
- L. HAJJAR, “La tortura y el futuro”, en *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 86, Centro de Investigaciones para la Paz, Icaria editorial, Madrid, 2004, pp. 21-35.
- V. HARDESTY y B. SCHIEFFER, *Air Force One: The Aircraft that Shaped the Modern Presidency*, Creative publishing, Nueva York, 2005.
- H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- *Law, Liberty and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1963.
- *De las leyes en general*, Clarendon Press, Oxford, 1970.
- P. HASSNER, “The United States: the empire of force or the force of empire?”, *Chaillot Papers*, nº 54, Institute for Security Studies, Unión Europea, 2002.
- H.M. HENSEL (ed.), *Sovereignty and the Global Community: The Quest for Order in the International System*, Ashgate, Aldershot, 2004.
- J. HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, La Catarata, Madrid, 2005.

M. HERZ, "La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°10, diciembre 2005.

H.P. HESTERMEYER, "Mercenaries", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

F. HISAKU, S. ISOMI y N. KANTORO, *War and the Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha, Tokio, 1999.

HUMAN RIGHTS FIRST, *Private Security Contractors at War. Ending the Culture of Impunity*, Nueva York, 2008.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Colombia: Human Rights Concerns Raised by the Security Arrangements of Transnational Oil Companies*, abril de 2008, disponible en <http://socrates.acadiu.ca/courses/soci/marontate/2006/Student Pages/Lisa Bitto/thesis outline/hrw.htm>

M. IBAÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.

A.J. IGLESIAS VELASCO, *La aplicación del Derecho Internacional por los jueces estatales*, Editorial Académica Española-Lambert, Saarbrücken, 2012.

J.H. ISRAEL, Y. KAMISAR y W.R. LAFAVE, *Criminal Procedure and the Constitution*, West, St. Paul, 1997.

R. JENNINGS, *The Place of the Jurisdictional Immunity of States in International and Municipal Law*, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1987.

J. JORGE URBINA, *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y Derecho internacional humanitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

----- "Crímenes de Guerra, Justicia Universal e Inmunidades de Jurisdicciones Penales de los órganos del Estado", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.VIII, 2008, pp.255-306; disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

M. KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001.

I. KANT, *La paz perpetua*, Bureau, Buenos Aires, 2000.

M. KAPLAN, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.

M. KARCH, *Android Tablets, made simple*, Apress, Nueva York, 2011.

- H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1998.
- P. KENNEDY, *Preparing for the Twenty First Century*, Random House, Nueva York, 1993.
- S. KERN, “¿Es posible reformar la ONU?”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n° 200, 2004, en <http://kern.pundicity.com/5416/es-posible-reformar-la-onu>
- N. KLEIN, *La doctrina del shock. Del auge del capitalismo del desastre*, Paidós América, Barcelona, 2010.
- H.J. KNOWLES, *The Tie Goes to Freedom: Justice Anthony M. Kennedy On Liberty*, Rowman & Littlefield, Nueva York, 2009.
- H. KOONTZ y R.W. GABLE, *El Control Público de la Empresa*, Bosch, Barcelona, 1976.
- E. KRAHMANN, “The privatization of security governance: Developments, problems, solutions”, *Arbeitspapiere zur internationalen Politik*, 1/2003, pp. 6-9, disponible en [www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf](http://www.politik.uni-koeln.de/jaeger/downloads/aipa0103.pdf)
- E. LAMBERT, “Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tomo III, Sirey, París, 1935, pp. 478-510.
- Z. LAUSO y P. SIMONA, *La tortura nel nuovo millennio*, Wolters Kluwer, Milán, 2010.
- E. LECUONA, "Historia del Derecho y Ciencia Jurídica en los Estados Unidos de América: El debate en torno al Historicismo Crítico de Robert W. Gordon", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n°28, 2006, pp.589-611.
- P. LEWIS y H. FRIMAN, “Reparations to victims”, en R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 474-491.
- J. LOCKE, *A Letter Concerning Toleration*, Londres, 1689.
- J. LOCKE, *Dos Tratados sobre el Gobierno Civil (Two Treatises of Government)*, Londres, 1689.
- M. del C. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1997.
- D. LOSURDO, *La comunidad, la muerte, Occidente. Heidegger y la ideología de la muerte*, Losada, Buenos Aires, 2001.
- K. LUCAS, *Estados Unidos en guerra: del miedo a la libertad vigilada*, ediciones Abya-Yala, Quito (Ecuador), 2001.

L. LUMPE, *Tráfico de armas: el mercado negro mundial de armas ligeras*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.

A. MACÍAS CASTILLO, "Culpa in eligendo y culpa in vigilando", *Actualidad Civil*, número 15, 2007, pp. 1830-1833.

E.M. MALTZ, *The Chief Justiceship of Warren Burger, 1969-1986*, University of South Carolina Press, Columbia, 2000.

S. MANACORDA, "Entre la guerre et la paix: Le droit pénal en quête de sa place", XVe Congrès international de Défense Sociale, Toledo, septembre 2007, en [www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/StefanoManacorda.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/StefanoManacorda.pdf)

M. MANN, *El imperio incoherente. Estados Unidos y el nuevo orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2004.

A. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS (coord.), *Visión Global de la cooperación para el desarrollo: La experiencia internacional y el caso español*, Icaria editorial, Barcelona, 1997.

F. MARTÍNEZ RUEDA y M. URQUIJO GOITIA, *Materiales para la historia del mundo actual*, Istmo, Madrid, 2006.

A. MATTELART, *Diversidad Cultural y Mundialización*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.

W.H. McNEILL, *La búsqueda del poder. Tecnología, fuerzas armadas y sociedad desde el 1000 d.c., Siglo XXI editores*, México, 1989.

M. MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

M. MEDINA ORTEGA, "La inmunidad del Estado extranjero", *R.E.D.I.*, vol.17, nº2, 1964, pp.241-263.

L. MELVERN, *Un pueblo traicionado: el papel de occidente en el genocidio de Ruanda*, Intermón Oxfam editorial, Barcelona, 2007.

N. MELZER, *Guía para Interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, CICR, Ginebra, diciembre de 2010.

A. MÉNDEZ RUBIO, *La apuesta invisible: cultura, globalización y crítica social*, Editorial Montesinos, España, 2003.

L. MESA DELMONTE y R. ISASI HERRERA, *Estados Unidos e Iraq: prólogo para un golpe preventivo*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Colegio de San Luis, México, 2004.

C. MIGUÉLEZ MONROY, "Blackwater, amigos del gobierno", *Diario Universal*, 29 de marzo de 2011, en [www.diariouniversal.net/2011/03/29/blackwater-amigos-de-un-gobierno/](http://www.diariouniversal.net/2011/03/29/blackwater-amigos-de-un-gobierno/)

J. MILLER y R. KUMAR (eds.), *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

G. MISAS ARANGO, *La Ruptura de los 90: Del Gradualismo al Colapso*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.

E. MITJANS y J.M. CASTELLA (Coord.), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

L.A. MOJICA GÓMEZ, *Manual práctico de Derecho internacional privado*, Centro Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2003.

S. MORETA VELAYOS y A. VACA LORENZO, *La guerra en la historia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

V. MORRIS y M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1995.

C. MOYER, J.R. MCGUILLAN y W.J. KRETLOW, *Administración financiera contemporánea*, 9ª edición, International Thompson, México, 2005.

M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y Convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

A.F. MUSAH y J. 'KAYODE FAYEMI (eds.), *Mercenaries: an African security dilemma*, Pluto Press, Londres, 2000.

NACIONES UNIDAS, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Naciones Unidas, 2003.

S. NAIR, *Mediterráneo hoy. Entre el diálogo y el rechazo*, Icaria, Barcelona, 1995.

M. NAVARRO, *Tecnología Militar y seguridad en las potencias medias*, Centro de Estudios del Desarrollo, Universidad de Chile, Santiago, 1991.

J.L. NEILA HERNÁNDEZ, *La Sociedad de Naciones*, Arco Libros, Madrid, 1997.

S. NETTER, *El estado del mundo. Anuario Económico Geopolítico Mundial*, ediciones Akal, Madrid, 2002.

F. NIEVAS, "Guerras en África", en Mariana MAAÑON y Fabián NIEVAS, *Aportes para una sociología de la guerra*, Proyecto editorial, Buenos Aires, 2007, pp. 150-170.

L.M. OLASO y J.M. CASAL, *Curso de Introducción al Derecho. Tomo II: Introducción a la Teoría General del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

J.L. OROZCO, “Las razones del pragmatismo”, en *Crítica de la economía política*, núm. 18 y 19, ediciones El Caballito, México, 1981, pp. 227-256.

----- *Notas del País darwiniano*, UNAM, México, 1981.

----- “Woodrow Wilson y la democracia universal de los grandes negocios”, en *Revista de Relaciones Internacionales*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Coordinación de Relaciones Internacionales, UNAM, Núm. 64, octubre-diciembre de 1994.

----- *El Estado pragmático*, UNAM, México, 2004.

----- *El siglo del pragmatismo político*, Fontamara, UNAM, México, 2004.

----- (coord.), *¿Hacia una globalización totalitaria?*, UNAM-Fontamara, México, 2007.

L. ORTEGA ÁLVAREZ y otros, *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

M.C. ORTEGA CARCELÉN, *Hacia un nuevo gobierno mundial: las nuevas funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, editorial Hespérides, Salamanca, 1995.

J.M. ORTEGA TEROL, *Iraq en clave global: reflexiones en torno a los conflictos en la sociedad globalizada*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

A. ORTIZ-ARCE, “Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, n° 2, mayo-agosto de 1979, pp.503-546.

G.B. OSTROWER, “Una razón profunda para dar gracias”, en [www.catbreadcrumlookup](http://www.catbreadcrumlookup), pp. 1-6.

M. PACHECO GÓMEZ, *Los derechos humanos: documentos básicos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

P. PAILLOLE, *Services Spéciaux*, París, 1975.

R. PALOMINO LOZANO, *Las objeciones de conciencia en el Derecho norteamericano*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

J. PAREDES, *De la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días*, Ariel, Barcelona, 2004.

D. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.



- C.A. PATIÑO VILLA, *El origen del poder de Occidente. Estado, guerra y orden internacional*, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 2005.
- E. PEDRAZ PENALVA, *Derecho Procesal Penal*, tomo I: *Principios del Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2000.
- J.C. PEREIRA, *Los orígenes de la Guerra Fría*, Arco, Madrid, 1997.
- J.C. PEREIRA, “El proceso de descolonización” en Jordi CASASSAS (Coord.), Juan AVILES, Juan Carlos PEREIRA, entre otros autores, *La construcción del presente: el mundo desde 1848 hasta nuestros días*, Ariel, Barcelona, 2005.
- M.Á. PÉREZ CEBADERA, *Las instrucciones al Jurado*, tesis doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaume I de Castellón, Castellón, 2001.
- M.Á. PÉREZ CEBADERA, *Las instrucciones al Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- L. PÉREZ DÍAZ DE LEÓN, *La Sociología estadounidense: ensayos y textos*, UNAM, México, 2003.
- M. PÉREZ GONZÁLEZ y J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, *R.E.D.I.*, vol.54, nº1, 2002, pp.11-39.
- E. PÉREZ VERA y A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- A. PETRIG, “Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals”, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol.8, 2008, pp.1-31.
- W.T. PIZZI y M. MONTAGNA, “La batalla para el establecimiento de un sistema penal acusatorio en Italia”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp.1-31.
- M. du PLESSIS y S. PETÉ (eds.), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Intersentia, Antwerpen, 2007.
- F. POLO MORRAL, *Hacia un curriculum para una ciudadanía global*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2008.
- C. POMAREDA y J.A. STIPPEL, *De la teoría a la práctica: el nuevo Código de Procedimiento Penal*, Plural editores, La Paz, 2002.
- N. POULANTZAS, *Hegemonía y dominación en el Estado Moderno*, Cuadernos de Pasado y Presente, México, 1977.

R. POWASKI, *La Guerra Fría. Estados Unidos y la Unión Soviética, 1917-1991*. Editorial Crítica, Barcelona, 2000.

CH.T. POWELL y F. REINARES (eds), *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, Ariel y Real Instituto Elcano, Barcelona, 2008.

D.D. PRENTICE, "Illegality and Public Policy" en *Chitty on Contracts, vol I: General Principles*, 26ª ed., Londres, 1991.

J. PUEYO LOSA, "Conflictos armados actuales y mecanismos de aplicación del derecho internacional humanitario", *Revista Española de Derecho Militar*, Núm. 83, enero-junio de 2004, pp. 11-58.

F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, Pamplona, Aranzadi, 1972.

M. PUIGARNAU, *Repertorio de Principios Generales de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1957.

A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. 1, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995.

D.W. RAACK, "Some Reflections on the Role of Legal History in Legal Education", *Duquesne Law Review*, vol. 26, 1988, pp.893-923.

A. RAMASASTRY, "Corporate complicity: from Nuremberg to Rangoon - an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations", *Berkeley Journal of International Law*, vol, 20, 2002, pp. 91-159.

J.M. RAMOS GARCÍA, *Relaciones México-Estados Unidos: seguridad nacional e impactos en la frontera norte*, Universidad Autónoma de Baja California, Tijuana, 2005.

M.D. RAMSEY, "Acts of State and Foreign Sovereign Obligations", *Harv. Int'l L. J.*, vol.39, nº1, 1998, pp.1-100.

A. RANDELZHOFFER y Ch. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Nijhoff, La Haya, 1999.

R.E. RAUXLOH, "Plea Bargaining – A Necessary Tool for the International Criminal Court Prosecutor", en *Judicature*, vol. 94, nº4, 2011, pp.178-185.

M. REIMANN, "Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model", en *European Review of Private Law*, vol. 2, 2003, pp. 128-154.

R. REMINGTON, *The Warsaw Pact. Case Studies in Communist Conflict Resolution*, MIT Press, Cambridge, 1971.

## Bibliografía

- A. REMIRO BROTONS, "Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 1991-1, pp. 11-57.
- A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- A. REMIRO BROTONS y otros autores, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- A. REMIRO BROTONS y otros autores, *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- L. REYDAMS, "À la guerre comme à la guerre: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho internacional humanitario y nuevos desafíos", *International Review of the Red Cross*, núm. 864, diciembre de 2006, pp. 1-31.
- R. RIQUELME CORTADO, *Las reservas a los tratados: Lagunas y ambigüedades del régimen del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004.
- I. RIVERA BEIRAS y F. CANO (coords.), *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008.
- G. ROBERTSON, *Crímenes contra la Humanidad*, Siglo XXI de España, Madrid, 2008.
- D. ROBINSON, "Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference", en *American Journal of International Law*, vol. 93, nº 1, 1999, pp. 43-57.
- E.W. ROBINSON EWING, *Legal and Historical Status of Dred Scott Decision*, bibliobazaar LLC., 2008.
- N.S. RODLEY y M. POLLARD, *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- A. RODRÍGUEZ, *La dinastía Bush y el nuevo siglo norteamericano*, Aguilar, México, 2004.
- M. RODRÍGUEZ, *Espías vascos*, Txalaparta, Tafalla, 2004.
- R. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El control constitucional de la reforma de la Constitución*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006.
- J.L. RODRIGUEZ VILLASANTE, *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

F. ROJAS ARAVENA (ed.), *América Latina y el Caribe: Multilateralismo vs. Soberanía. La Construcción de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, Teseo-FLACSO, Buenos Aires, 2011.

W. ROMAN-SAMOT, *Derechos Humanos*, editorial Lulu.com, Puerto Rico, 2007.

C. ROSAS, *Las operaciones de mantenimiento de la paz de las N-U. Lecciones para México*, UNAM/Folke Bernadotte Academy, México, 2005.

R.I. ROTBERG, “La guerra contra el terrorismo: corazones, mentes y derechos humanos”, en Ana COVARRUBIAS VELASCO y Daniel ORTEGA NIETO (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, El Colegio de México, México, 2007, pp. 249-266.

I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, *La historia de la intervención humanitaria: el imperio altruista*, La Catarata-UAM, Madrid, 2005.

E. SAID HUNG, *Transformaciones comunicativas en la era digital. Hacia el apagón analógico*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2009.

A. SALADO OSUNA, “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección”, en AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, 2005, pp.1251-1272.

A.M. SALAZAR SLACK, *Las guerras que vienen: riesgos para las democracias ante nuevos conflictos mundiales*, Nuevo siglo Aguilar, México, 2004.

A.M. SALAZAR SLACK, “Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia”, *Gaceta UNAM*, número 4.344, 13 de junio de 2011. p. 7.

A. SÁNCHEZ LEGIDO, “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *R.E.D.I.*, vol.53, 2001, pp.313-330.

----- “Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol.7, 2006, pp.413-458.

G. SÁNCHEZ NAVARRO, *El peor presidente*, deauno.com, 2008.

L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990.

L.I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ, “Las operaciones de mantenimiento de la paz: aspectos actuales” en Fernando MARINO MENÉNDEZ, *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 2000.

H. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Código de Derecho Penal Internacional. Colección de Textos de Jurisprudencia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2000.

## Bibliografía

- Á. SANDOVAL BERNAL y R. ABELLO GALVIS, *Columnas al derecho: observatorio el espectador*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- J.M. SANDOVAL PALACIOS y A. BETANCOURT POSADA, *La hegemonía estadounidense después de la guerra en Irak*, Centro de Estudios para América del Norte, Plaza y Valdés, México, 2005.
- I. SANMARTÍN BARROS, *Entre dos siglos. Globalización y pensamiento único*, ediciones Akal, Madrid, 2007.
- F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.
- S. SASSEN, *Territorio, autoridad y derechos: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz editores, Buenos Aires, 2010.
- B. SCHEPPLER, *The U.S.A. Patriot Act: Antiterror Legislation in Response to 9/11*, The Rosen Publishing Group, Nueva York, 2006.
- S. SCHMIDT NEDVEDOVICH, *La Autonomía relativa del Estado*, Quinto Sol, México, 1988.
- P. SCHORI, *los años de la semilla del mal: 11 de septiembre, la Guerra en Iraq y el mundo después de Bush*, Icaria editorial, Barcelona, 2008.
- S.J. SCHULHOFER, "Plea Bargaining as Disaster", en *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, pp.1979-2009.
- H. SCHULZE, *Estado y Nación*, Crítica, Barcelona, 1997.
- B. SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global", *Derecho Penal y Criminología*, vol.25, n°76, 2004, pp. 175-197.
- M. SEARA VÁZQUEZ, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1991.
- A. SEGURA SERRANO, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas*, Plaza y Valdés, Madrid, 2007.
- J. SERRANO TORRES, "Los servicios secretos rusos", *Agencia inpi*, 1 de junio de 2004, en [www.a-ipi.net/article120982.html](http://www.a-ipi.net/article120982.html)
- C. SHAW, "Uncertain justice: Liability of multinationals under the Alien Tort Claims Act", *Stanford Law Review*, vol. 54, 2002, pp.1359-1386.
- D. SHELTON, "Righting Wrongs: Reparation in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, vol.96, 2002, pp.833-856.
- D. SHELTON, "Reparations", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

J.N. SILVA MEZA, *Derechos fundamentales: Algunos retos institucionales para el siglo XXI*, UNAM, México, 2007.

J. SILVA MICHELENA, *Política y Bloques de Poder*, Siglo XXI, México, 1987.

I. SINCLAIR, "The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments", *Rec. des C.*, vol.167, 1980, pp.113-284.

J.F. SMITH, *Derecho Constitucional comparado México-Estados Unidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.

G.D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

J.P. SORIANO, *Redefinir las instituciones de seguridad en el Continente Americano*, Observatorio de Política Exterior de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2001, en [www.uab.es/iuee](http://www.uab.es/iuee)

W.M. SPELLMAN, *John Locke*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 1997.

J.J. SPIELVOGEL, *Civilizaciones de Occidente*, Volumen B, editorial Cengage Learning, México, 2004.

O. SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

E. STEL, *Guerra Cibernética*, Círculo Militar, Buenos Aires, 2005.

P-T. STOLL, "State Immunity", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

S. STRANGE, *La Retirada del Estado*, Icaria editorial, Barcelona, 2003.

S. SUCHARITKUL, "Immunities of Foreign States before National Authorities", *Rec. des C.*, vol.149, 1976, pp.87-216.

Ch. TILLY y L.J. WOOD, *Los movimientos sociales, 1768-2008*, Crítica, Barcelona, 2009.

J.J. TOHARIA CORTÉS, "Las profesiones jurídicas: una aproximación sociológica" en Luis DIEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI de España, Madrid, 2006, pp. 1-16.

Ch.L. TOMLINS, "What is Left of the Law and Society Paradigm after Critique? Revisiting Gordon's 'Critical Legal Histories'", en *Law and Social Inquiry*, vol. 37, nº 1, 2012, pp.155-166.

Ch. TOMUSCHAT, "L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme", *Revue Générale de Droit International Public*, vol.109, nº1, 2005, pp.51-74.

## Bibliografía

S. TORRES BERNÁRDEZ, "Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites", en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, pp. 639-685.

J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1970.

A.J. TOYNBEE, *Guerra y civilización*, Alianza Editorial-Emecé, Madrid, 1976.

O. TRIFFTERER (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2008.

M. TRIGO CHACÓN, *Multinacionales, globalización y terrorismo*, Visión net, Madrid, 2005.

----- *Pinochet, Nixón y Franco y la justicia universal*, Visión Net, Madrid, 2005.

P. TRINIDAD NÚÑEZ, *El niño en el Derecho internacional de los derechos humanos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002.

R.W. TUCKER, "Exemplar or Crusader? Reflections on America's role", *The National Interest*, nº 2, otoño 1986, pp.64-75.

J. TULCHIN, *Conformando la seguridad hemisférica en el siglo XXI*, B.Libris y Prometeo, Buenos Aires, 2006.

José ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, *Terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, trata de personas. Tráfico ilícito de migrantes, tráfico ilícito de armas: Lucha Global contra la delincuencia organizada transnacional*, coedición Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Liber, Marcial Pons, Dykinson, Madrid, 2009, pp.80-159.

----- *Temas de Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, Colección Relaciones Internacionales, Aebius, Madrid, 2005.

F. VAL GARIJO, "La reparación de las víctimas de crímenes internacionales: la Corte Penal Internacional y el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas", *Comunitania International Journal of Social Work and Social Sciences*, julio 2011, nº2, pp. 81-98, en <http://dx.doi.org/10.5944/comunitania.2.5>

J.L. VALDÉS-UGALDE y J. CASCANTE, *El multilateralismo, la reforma de la ONU y los desafíos del siglo XXI*, CISAN-UNAM, México, 2007.

E. VARELA BARRIOS, *Desafíos del Interés Público: Identidades y Diferencias entre lo Público y Privado*, Universidad del Valle, Cali, 1998.

A.L. VARGAS, *Estudios de Derecho Procesal*, volumen 2, ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999.

J.C. VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, *El derecho internacional público en la agenda de las relaciones internacionales*, UNAM, México, 2005.

J.C. VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, *El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacionales: modalidades*, UNAM, México, 2007.

A. VERGER CANALS y A. RECIO, *El sutil poder de las transnacionales: lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas en un mundo globalizado*, Icaria editorial, Barcelona 2003.

J. VERVAELE, *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. Inter arma silent leges?*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

A. VINUESA, *El conflicto de los Balcanes y la seguridad común europea*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2002.

I. WALLERSTEIN, "The Eagle Has Crash Landed", *Foreign Policy*, vol. 3, julio-agosto 2002, pp. 60-69.

Ch. WALTER, "Subjects of International law", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com),

G. WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

W.E. WEYL, *American World Policies*, Macmillan, Nueva York, 1917.

W.E. WEYL, *The End of the War*, MacMillan, Nueva York, 1918.

Z. WILLIAMS, *Sonia Sotomayor, Supreme Court Justice*, The Rosen Publishing, Nueva York, 2011.

T.W. WOLFE, *Soviet Power and Europe 1945-1970*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1970.

B. WOODWARD, *Negar la evidencia: Bush en la guerra*. Parte III, Belacqva editores, Bogotá, 2006.

J.A. YÁÑEZ BARNUEVO, "El Estatuto de Roma como tratado y la Corte Penal Internacional como Institución" en J.A. CARRILLO SALCEDO (Coord.), *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp.141-156.

C. YOUNGERS y E. ROSIN, *Drogas y democracia en América Latina: el impacto de la política de Estados Unidos*, Biblos, Buenos Aires, 2005.

Z. ZAMARRIPA, "El nuevo derecho internacional público", *Gaceta UNAM*, México, 23 de septiembre de 2010, p. 20.



### *Bibliografía*

H. ZINN, *La otra historia de Estados Unidos: desde 1492 hasta hoy*, Siglo XXI, México, 1999.

J. ZULOAGA NIETO, “Las políticas de Seguridad Nacional de Estados Unidos y su impacto sobre la Democracia”, en Marco A. GANDÁSEGUI (coord.), *Crisis de Hegemonía de Estados Unidos*, Siglo XXI, CLACSO, México, 2007, pp. 232-237.



**BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA EN ESTADO Y SEGURIDAD (SOCIEDAD DE NACIONES, ONU, OTAN, PACTO DE VARSOVIA Y OEA)**

S. AGUAYO QUEZADA y B. M. BAGLEY, *En busca de la seguridad perdida: aproximaciones a la seguridad nacional*, Siglo XXI editores, México, 1990.

M. AGUIRRE y A. PIRIS, “Guerra por Kosovo” en Mariano AGUIRRE y Teresa FILESI (eds.), *Guerras en el sistema mundial: Kosovo, Oriente Medio, América Latina, China y Rusia, India y Pakistán, armas ligeras, defensa española, ayuda humanitaria. Anuario CIP 1999*, Icaria Editorial, Barcelona, 1999, pp. 19-38.

K. ANNAN, “En mayor libertad: La hora decisiva en la ONU”. *Foreign Affairs* en español. México, ITAM, vol. 5, número 3, julio-septiembre de 2005, en [www.foreignaffairs-esp.org](http://www.foreignaffairs-esp.org)

C. ANTONOPOULOS, *The Unilateral Use of Force by States in International Law*, Sakkoulas, Atenas, 1997.

R. ANZIT GUERRERO, “Los servicios de inteligencia israelíes en las guerras de Irak y Libano”, *Revista Aainteligencia*, Año 1, n° 2, Aainteligencia Editores, enero 2000, Chile, pp.38-49.

R. ARACIL, J. OLIVER y A. SEGURA, *El mundo actual: de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 1998.

J. ARQUILLA y D. RONFELDT, *El advenimiento de la guerra red*, RAND Corporation, Santa Monica, 1996.

J-M. ARRIGHI, “Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance of Rio de Janeiro (1947)”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

J-M. ARRIGHI, “Organization of American States (OAS)”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

F. ARTEAGA, “El nuevo concepto estratégico de la OTAN: lógica y estructura”, *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 2/2010, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/fcacfc8040f76198b904bdf117dd992e/ARI2](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/fcacfc8040f76198b904bdf117dd992e/ARI2)

F. ARTEAGA, *La Identidad Europea de Seguridad y Defensa: El Pilar Estratégico de la Unión*, Política Exterior, Madrid, 1999.

G. AYBET, R.R. MOORE y L. FREEDMAN, *NATO in search of a vision*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2010.

M. BALL, *La OTAN y la cooperación atlántica*, Hispano Europea, Barcelona, 1962.

- E. BARBÉ, *La seguridad en la nueva Europa*, La Cátarata, Madrid, 1995.
- X. BATALLA, *Afganistán: la guerra del siglo XXI*, bolsillo, Barcelona, 2006.
- G. BEST, *War and Law since 1945*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- M. BOTHE (ed), *UN Peacekeeping: A Documentary Introduction*, Kluwer, La Haya, 1999.
- M. BOTHE, "Peacekeeping Forces", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).
- H. CAMINOS, "The Role of the Organization of American States in the Promotion of Democratic Governance", *Rec. des C.*, vol.273, 1998, pp. 107–237.
- M.A. CARACUEL RAYA, *Los cambios de la OTAN tras el fin de la Guerra Fría*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- J.A. CARRILLO SALCEDO, *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1966.
- J.P. COT, "United Nations Charter", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).
- L. COTINO HUESO, *El modelo constitucional de fuerzas armadas*, INAP, Valencia, 2002.
- P. DE BLAS, J. DE LA PUENTE, M.J. SERVIÁ, E. ROCA y R.A. RIVAS, *Historia común de Iberoamérica*, EDAF, Madrid, 2000.
- S. DE LA TORRE y R. PÉREZ BUSTAMANTE, *La organización de seguridad y cooperación en Europa*, editorial Dykinson, 2006.
- A. DEL VALLE GALVÉZ, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Escuela Diplomática, Asociación Española de Derecho internacional y Relaciones Internacionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.
- C. DELMAS, *El Pacto de Varsovia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- E. DE WET, *The Chapter VII Powers of the UN Security Council*, Hart, Oxford, 2004.
- W. DOMHOFF y C. GERHARD, *Quién gobierna Estados?*, siglo XXI, México, 1994.
- O. DÖRR, "Use of Force, Prohibition of", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).
- W.J. DURCH (ed.), *The Evolution of UN Peacekeeping: Case Studies and Comparative Analysis*, St. Martins Press, Nueva York, 1993.

B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Nijhoff, Leiden, 2009.

A.F. FERNÁNDEZ TOMÁS, “El desvanecimiento del sistema de paz y seguridad colectiva de las Naciones Unidas”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, número 17, 1989, pp.5-36.

A.F. FERNÁNDEZ TOMÁS, “El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington, mucho ruido y pocas nueces”, *REDI*, vol, LIII, n° 1 y 2, 2001, pp-216-224.

C. FUENTES, *Bajo la mirada del Halcón: Estados Unidos-América Latina post 11/09/01*, Editorial Biblos-FLACSO Chile, 2004.

D. GARCÍA CANTALAPIEDRA, “EU, la OTAN y la necesidad de una nueva estrategia trasatlántica en el Gran Asia Central”, *ARI*, número 31, 2008, en [www.realinstitutoelcano.org/wps/portal](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal)

C. GAVIRIA, *La OEA 1994/2004, una década de transformaciones*, OEA, 2004.

V.Y. GHEBALI “The League of Nations and Functionalism” in A.J. GROOM y P. TAYLOR (eds.), *Functionalism: Theory and Practice in International Relations*, University of London Press, Londres, 1975, pp.141-161.

J. GIRÓN, S. PAJOVIC y M.A. ALÍSALEM, *El Mediterráneo a fines del siglo XX*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998.

A. GÓMEZ ROBLEDO, *La seguridad colectiva en el contraste americano*, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, Madrid, 1960.

S. GRATIUS, “¿Hacia una OTAN sudamericana y un Consejo de Defensa Sudamericano. Programa de Paz y Seguridad”, *FRIDE*, abril de 2008, pp. 1-4, disponible en [www.fride.org](http://www.fride.org).

C. GUTIERREZ ESPADA, “La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1989*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990, pp.183-310.

F. HERNÁNDEZ HOLGADO, *Historia de la OTAN: de la guerra fría al intervencionismo humanitario*, La Catarata, Madrid, 2000.

E. HERRÁN, *Filosofía política contemporánea*, UNAM, México, 2004.

M. HERZ, *Organization of American States (OAS)*, Routledge, Londres, 2010.

R. HIGGINS, *United Nations Peacekeeping 1946–1967*, Oxford University Press, Oxford, 1969–81, vols I–IV.

W. HIKAL, *Criminología, derechos humanos y garantías individuales*, Porrúa, México, 2010.

B. HORWITZ, *The Transformation of the Organization of American States: A Multilateral Framework for Regional Governance*, Anthem Press, Londres, 2010.

A.J. IGLESIAS VELASCO, *Las operaciones de mantenimiento de la paz: Concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, UAM, Madrid, 2003.

A.J. IGLESIAS VELASCO, *Los problemas de mantenimiento internacional de la paz*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

A. JAMES, *Peacekeeping in International Politics*, Macmillan, Basingstoke, 1990.

E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “La coordination des systèmes de l'ONU et de l'Organisation des États Américains pour le règlement des différends et la sécurité collective”, *Rec. des C.*, vol.111, 1964, pp. 420–526.

Ch. JOHNSON, *Las amenazas del imperio: militarismo, secretismo, y el fin de la república*, Editorial Crítica, Barcelona, 2004.

T.J. KNOCK, *To End All Wars: Woodrow Wilson and the Quest for a New World Order*, OUP Oxford, Oxford, 1992.

K. LUCAS, *Estados Unidos en guerra: del miedo a la libertad vigilada*, Editorial Abya Yala, Quito, 2001.

C. MARTINEZ BECERRA, *Integración regional, fronteras y globalización*, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

F. MARTÍNEZ RUEDA y M. URQUIJO GOITIA, *Materiales para la historia del mundo actual I*, Ediciones Akal, Madrid, 2006.

V. MASTNY y M. BYRNE (eds), *A Cardboard Castle?: An Inside History of the Warsaw Pact 1955–1991*, Central European University Press, Budapest, 2005.

E. MEDINA MORA ICAZA, *Uso legítimo de la fuerza*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

V. MILET, “El rol de la OEA, el difícil camino de la prevención de conflictos a nivel regional”, *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, vol. 3, número 10, 2005, pp.1-4.

N. MINELLO, *Sistemas Militares Internacionales. Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas*, UNAM, Coordinación de Humanidades, número, 40, 1986.

J. C. MONEDERO y E. ALVARADO, *El retorno de Europa: de la perestroika al Tratado de Maastricht*, editorial Complutense, 1993.

J. MUNS, *Lecturas de integración económica: la Unión Europea*, Edicions Universitat Barcelona, 2005.

## Bibliografía

- A. OPPENHEIMER, *Los Estados desunidos las Américas*, Editorial EDAF, Madrid, 2009.
- F. ORREÑO VICUÑA, *La integración política: su realidad, su necesidad*, editorial jurídica de Chile, 1966.
- F. PAOLILLO, “Nuevas reflexiones en torno a una debatida cuestión: facultades de las entidades regionales en materia de acción coercitiva”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, vol.3, 1964, pp. 173–205.
- L. PERRET, *La OEA en el centenario del sistema interamericano*, México, UNAM, 1992.
- A. PRIEGO, “La OTAN tras la cumbre de Riga: La puerta sigue abierta”. *UNISCI. Discusión Papers*, Universidad Complutense de Madrid, España, enero de 2007, número 13, pp. 71-89.
- A. REMIRO BROTONS, *la hegemonía norteamericana, factor de crisis de la OEA*, Studia Albornotiana, Zaragoza, 1972.
- J. ROY, *Las relaciones exteriores de la Unión Europea*, Plaza y Valdes-UNAM, México, 2001
- J. RUIZ ARÉVALO, *Llegar - Manual de Transportes en operación de proyección*, publicatuslibros.com, Jaén, 2007.
- M. SAINT-UPÉRY, *El sueño de Bolívar*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.
- A. SÁNCHEZ PEREYRA, *Geopolítica de la expansión de la OTAN*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, y editorial Plaza y Valdez, México, 2003.
- O. SCHACHTER y C. JOYNER (eds), *United Nations Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- M. SEARA VÁZQUEZ, *La paz precaria: de Versalles a Danzig*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM, México, 1971.
- A. SERBIN, *Construcción de paz y diplomacia ciudadana en América Latina y el Caribe*, Icaria Editorial, Barcelona, 2008.
- B. SIMMA, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 2 vols.
- R.F. SIMMONS, Diez años del Consejo de Asociación Euroatlántico: una reflexión personal, *Revista de la OTAN*, verano de 2007, en <http://www.nato.int/docu/review/2007/issue2/spanish/art5.html>

P. SONNEVEND, "Warsaw Treaty Organization", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

Ch.J. TAMS, "League of Nations", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

A. TORREALBA, *La OTAN hacia el siglo XXI*, Mérida, 2006.

V. TORRIJOS R., *Asuntos estratégicos, seguridad y defensa*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

J. TULCHIN, R. BENÍTEZ MANAUT y R. DIAMINT, *El rompecabezas. Conformando la seguridad hemisférica en el siglo XXI*, Bononiae, Buenos Aires, 2006.

F. UMBACH, *Das rote Bündnis: Entwicklung und Zerfall des Warschauer Paktes 1955–1991*, Christoph Links, Berlin, 2005.

J.L. VALDÉS-UGALDE y J. CASCANTE, *El multilateralismo, la reforma de la ONU y los desafíos del siglo XXI*, UNAM, México, 2007.

A.H.M. van GINNEKEN (ed.), *Historical Dictionary of the League of Nations*, Scarecrow Press, Lanham, 2006.

G. VEGA, *Seguridad Nacional: concepto, organización y método*, Biblioteca Daniel Cosío Villegas, México, 1988.

M.G. VELASQUEZ, *Ética en los Negocios. Conceptos y casos*, Pearson, México, 2006.

J.H. WESTRA, *International Law and the Use of Force: the UN Charter and the Major Powers*, Routledge, Londres, 2007.

R. ZIBACHI, "Brasil emerge como potencia militar", en [www.viva.org.co/cajavirtual/svc0184/articulo0013.pdf](http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0184/articulo0013.pdf)

D. ZOLO, *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

J.A. ZORRILLA, *China la primavera que llega*, Ediciones Gestión, Barcelona, 2000.



**BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA EN EMPRESAS MILITARES Y DE  
SEGURIDAD PRIVADA**

J. ABRISKETA, *Blackwater: Los mercenarios y el derecho internacional*, FRIDE, Madrid, 2007, disponible en [www.fride.org/publicacion/254/blackwater:-los-mercenarios-y-el-derecho-internacional](http://www.fride.org/publicacion/254/blackwater:-los-mercenarios-y-el-derecho-internacional)

T. ADAMS, “The new mercenaries and the privatization of conflict”, *Parameters*, US Army War College Quarterly, Carlisle (Pensilvania), 1999, pp. 103-104.

J.C. ALLI TURRILLAS, “Ejército profesional y despublificación de la guerra (Privatización y Externalización en las Fuerzas Armadas). El Retorno al Modelo Tardo-Renacentista” en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número 7, segundo semestre 2004, pp. 393-413.

Ph. ALSTON, *Labour Rights As Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Un peligro para la seguridad mundial: Las exportaciones de armas de la Unión Europea*, editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2004.

K. ANDERSON, “What to Do with Bin Laden and Al Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantánamo Bay Naval Base”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 25, n° 2, 2002, pp.593-634.

D.D. AVANT, “Privatizing Military Training”, *Foreign Policy in Focus*, mayo 2000, disponible en <http://foreignpolicy-infocus.org/briefs/vol5/v5n17mil.html>

----- “Empresas de Seguridad Privada: ¿Mercenarias?”, disponible en [www.belt.es/expertos/HOME2\\_experto.asp?id=2113](http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=2113), 2004, p.1.

----- *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

E. BARLOW, *Executive Outcomes: against all odds*, Galago, Kent, 2007.

I. BAYARRI y R. MARTINEZ, “Las empresas militares y de Seguridad Privadas: Entre la Necesidad y el Rechazo”, en Helena TORROJA MATEU (dir.), y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 83-119.

A. BENAVIDES DE PÉREZ, “Compañías Militares y de Seguridad Privadas. Un fenómeno renovado”, en *Zero*, número 22, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp.12-15, disponible en [www.cebela.org.br/site/baCMS/files/875401ART05%20Margarita%20Marin.pdf](http://www.cebela.org.br/site/baCMS/files/875401ART05%20Margarita%20Marin.pdf)

H. BENEDICT, *The Lonely Soldier: The Private War of Women Serving in Iraq*, Beacon Press, Nueva York, 2010.

B. BERKOWITZ, "Mercenaries R US, Alter Net", marzo de 2004, disponible en [www.alternet.or/story/18193](http://www.alternet.or/story/18193)

M. BINDER, "Norms versus Rationality: Why Democracies Use Private Military Companies in Civil Wars" en: T. JÄGER y G. KÜMMEL (eds.), *Private Military and Security Companies: Chances, Problems, Pitfalls and Prospects*, VS Verlag, Wiesbaden, 2007, pp. 307-321.

K. BOGDANOV, "Las agencias de seguridad privadas, un ejército en la sombra", *Agencia Rusa Ria-Novosti*, en [www.rebanadasderealidad.com.ar/RIA-Novosti-12-51.htm](http://www.rebanadasderealidad.com.ar/RIA-Novosti-12-51.htm), consultado 4 de abril de 2012

D. BONDÍA GARCÍA, "Un actor escasamente visualizado en Colombia: Los mercenarios", en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Bosch, Barcelona, pp. 127-162.

D.J. BOORSTIN (comp.), *Compendio historico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

L. CAMERON, "Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, número 863, septiembre de 2006, pp.573-598.

J. CASON y D. BROOKS, "Ex violadores de derechos humanos, los contratistas privados destacados en Irak", *La Jornada*, 8 de abril de 2004, México en [www.jornada.unam.mx/2004/04/08/022n1mun.php?origen=index.html&fly=1](http://www.jornada.unam.mx/2004/04/08/022n1mun.php?origen=index.html&fly=1)

A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations and Non State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

W.K. CLARK, *¿Qué ha fallado en Irak?*, Crítica, Barcelona, 2004.

L. DAMIAN, "Regulating Private Military Companies: The Need for a Multidimensional Aproach", *Alerta Internacional*, Londres, 2002, consultar en [www.fco.gov.uk/Files/kfile/prnclilly.pdf](http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/prnclilly.pdf)

Javier DE MAZARRASA COLL, "El combatiente del tercer milenio", *Revista Española de Defensa*, n° 203, enero de 2005, pp. 50-60.

F. DE STOCKMAN, "Los contratistas en zonas de la guerra pierden inmunidad", *The Boston Globe*, 01-07-2007, pp. 3-5.

M. DUFFIELD, *Las nuevas guerras en el mundo global: la convergencia entre el desarrollo y seguridad*, libros de La Catarata, Madrid, 2004.

J.K. ELSEA, M. SCHWARTZ y K.H. NAKAMURA, *Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status, and Other Issues*, CRS Report for Congress,

Washington, 25 de agosto de 2008, disponible en [www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32419.pdf](http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32419.pdf)

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Una guía sobre mecanismos de denuncia de víctimas y ONG*, sección II, mecanismos judiciales. Parte I: La responsabilidad civil extraterritorial de las empresas multinacionales por violaciones a los Derechos Humanos, 2011, disponible en [www.fidh.org/IMG/pdf/guia\\_empresas\\_seccion-ii.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/guia_empresas_seccion-ii.pdf)

S. FERNÁNDEZ, “Soldados, mercenarios y empresarios: la privatización de la guerra en el Iraq ocupado”, en [www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo\\_7-03-04.html](http://www.nodo50.org/csca/agenda2004/iraq/sinfo_7-03-04.html)

E. FORIGUA ROJAS, “Las nuevas guerras: un enfoque desde las estructuras”, *Papel Político*, vol. 1, nº 1, enero-junio de 2006, pp. 305-352, en [www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/9LASNUEVAS.pdf](http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/9LASNUEVAS.pdf)

P. GÁMEZ, “América Latina, tierra de mercenarios”, *Radio Nederland*, 8 de septiembre de 2011, en [www.rnw.nl/espanol/article/am%C3%A9rica-latina-tierra-de-mercenarios](http://www.rnw.nl/espanol/article/am%C3%A9rica-latina-tierra-de-mercenarios)

J.L. GÓMEZ DEL PRADO, “Los nuevos mercenarios del siglo XXI”, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, número 94, 2006, pp.21-30.

J.L. GÓMEZ DEL PRADO, “El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenarismo”, en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización de uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las “empresas militares y de seguridad privadas”*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 163-206.

J.L. GÓMEZ DEL PRADO y M. MAFFAI, “United Nations Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Rights of People to Self Determination & the Wisconsin International Law Society: Model Law for the Regulation of Private Military and Security Companies”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol.26, nº 4, 2009, pp. 1078-1094.

J.L. GÓMEZ DEL PRADO y H. TORROJA MATEU, *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

F.J. HAMPSON, “Mercenaries: Diagnosis before Proscription”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 22, 1991, pp.3-38.

J.L. HEIL, “African Private Security Companies and the Alien Tort Claims Act: Could Multinational Oil and Mining Companies Be Liable?”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 22, 2002, pp. 291-310.

F. HEMANN, *Privatising the military use of force: Responsibilities of States and international organizations under international law*, Master Thesis, Gring Verlag, Berlín, 2006.

C. HOLMQVIST, *Private Security Companies, The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper nº 9, 2005, en <http://books.sipri.org/files/PP/SIPRIPP09.pdf>

C. HOPPE, "Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies", *European Journal of International Law*, vol.19, 2008, pp.989-1014.

C. JOHNSON, *Las amenazas del imperio: militarismo, secretismo y el fin de la república*, Crítica, Barcelona, 2004.

F. KALSHOVEN, "State Responsibility for Warlike Acts of Armed Forces", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 1991, pp. 827-858.

A. KEES, "Responsibility of States for Private Actors", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

Ch. KINSEY, *Corporate soldiers and international security: the rise of private military companies*, Routledge, Londres, 2006.

L. KNUTSON, "¿Es el Derecho de las víctimas de apartheid a reclamar indemnizaciones de corporaciones multinacionales finalmente reconocido por los tribunales de los EE.UU.?", *Revista internacional de los derechos humanos, Conectas Derechos Humanos*, vol.7, número 12, junio de 2010, pp. 181-208.

M.A. LABORIE IGLESIAS, "La controvertida contribución de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas (EMSP) a la resolución de conflictos" en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (Coord.), *Los actores no estatales y la seguridad internacional: Su papel en la resolución de conflictos y crisis*, Cuaderno de Estrategia nº147, Instituto Español de Estudios Estratégico, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, pp.76-138.

M. LABORIE IGLESIAS, *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2012.

F. LAGUNA SANQUIRICO, "Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa" en Helena TORROJA MATEU (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 37-59.

A. LEANDER, "The Market for Force and Public Security: The Destabilizing Consequences of Private Military Companies", *Journal of Peace Research*, vol. 42, nº 5, 2005, pp. 602-655.

C. LEHNARDT, "Private Military Companies", in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

S. MAKKI, S. MEEK y S. MUSAH, "Private Military Companies and the proliferation of small: regulating the actors", *Biting the Bullet Briefing 10 Basic, International Alert*,

Londres, junio 2001, en [www.ssrnetwork.net/document library/printable document detail.php?id=3999;](http://www.ssrnetwork.net/document_library/printable_document_detail.php?id=3999)

S. MAKKI, *Militarisation de l'humanitaire, privatisation du militaire*, CIRPES, París, 2004, en [www.grip.org/bdg/ConfHumanitairesenguerre fichiers/makki.pdf](http://www.grip.org/bdg/ConfHumanitairesenguerre_fichiers/makki.pdf)

P. MANSOOR, Donald KAGAN y Frederick KAGAN, *Bagdad al amanecer: Un comandante de la Brigada de la guerra en Irak*, Yale University Press, New Haven, 2009.

W. MARQUEZ, “¿Privatiza Estados Unidos la guerra contra las drogas?”, *BBC Washington*, 16 de enero de 2012, en [www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/III208\\_eeuu\\_pentagono guerra drogas m ercenario wbm.shtml.](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/01/III208_eeuu_pentagono_guerra_drogas_mercenario_wbm.shtml)

R.A. MILLER, “Hamdan Case”, en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

E. MONGELARD, “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario” *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 863, septiembre de 2006, en [www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc 863 mongelard.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_863_mongelard.pdf)

F. MORENO MARTÍN y F. JIMÉNEZ BURILLO, *La guerra: realidad y perspectivas*, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

G. MUNIER, “¿Mercenarios franceses en Iraq?”, en [www.rebellion.org/noticia.php?id=118044](http://www.rebellion.org/noticia.php?id=118044)

T. NANDI y S. MOHANTLY, *The emergence of private military firms and their impact on global human rights*, Grin Verlag, Múnich, 2010.

J.R. NAVARRO GARCÍA, *Sistemas políticos y procesos de integración económica en América Latina*, Escuela de estudios hispano-americanos de Sevilla, Sevilla, 2000.

C. ORTIZ DOMÍNGUEZ, “Compañías Militares Privadas, y la nueva gerencia pública de la seguridad”, *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 9, octubre de 2008, GERI-UAM, pp. 1-19, en [www.relacionesinternacionales.info](http://www.relacionesinternacionales.info)

A. PASTOR PALOMAR, “Blackwater ante el derecho internacional: el negocio de la impunidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, nº 2, 2008, pp.427-455.

D. PEREIRA, *Mercenarios, Guerreros del Imperio. Los ejércitos privados y el negocio de la guerra*, editorial El Viejo Topo, Barcelona, 2007.

A. PERRET, *Las compañías militares y de seguridad privada en Colombia ¿Una nueva forma de Mercenarismo?*, Universidad Externado de Colombia, 2009, disponible en [www.herbogeminis.com/IMG/pdf/Companias-militares-y-de-seguridad-privadas-Colombia-ene-2009.pdf](http://www.herbogeminis.com/IMG/pdf/Companias-militares-y-de-seguridad-privadas-Colombia-ene-2009.pdf)

B. PERRIN, "Promover el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por las empresas de seguridad y militares privadas", *International Review of the Red Cross*, núm. 863, septiembre 2006, pp. 308-320.

P. POZO SERRANO y L. HERNÁNDEZ MARTÍN, "El marco jurídico de las CMSP. Reflexiones a propósito de la experiencia en Irak", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 315-351.

P. POZO SERRANO, "El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia: problemas de legitimidad, gestión y control"; en *Athena Intelligence Journal*, vol.2, n°4, Artículo 11/11, 19 de diciembre de 2007, pp.225-237.

REGIONAL SURVEY OF THE WORLD, *Africa South of the Sahara 2003*, Routledge, Europa Publications limited, Oxford, 32ª edición, 2002, pp. 24-45.

M.J. RODRÍGUEZ PUERTO, "La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 94, enero-abril 1999, pp.137-176, disponible en [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art5.htm)

P. ROJO, C. VAREA y L. OLIVAN, *Iraq: Diario de la resistencia*, Icaria editorial, Barcelona, 2005.

Ch. ROSE, "Charlie Rose: An Hour with Eric Prince", *Small Wars Journal*, 19 de octubre de 2007, en <http://smallwarsjournal.com/blog/2007/10/>

T. ROSZAK, *¡Alerta, Mundo!: el nuevo imperialismo norteamericano*, editorial Kairós, Barcelona, 2004.

Javier RUIZ ARÉVALO, "¿Contratistas o mercenarios? Las compañías militares privadas", en *Fuerzas de Defensa y Seguridad*, n° 382, febrero de 2010, en *defensa.com*, disponible en [www.defensa.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2675:icontra-tistas-o-mercenarios-las-companias-militares-privadas&catid=69:reportajes&Itemid=199](http://www.defensa.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2675:icontra-tistas-o-mercenarios-las-companias-militares-privadas&catid=69:reportajes&Itemid=199)

J. SAURA ESTAPÀ, "Algunas reflexiones en torno a la privatización de la Guerra Fría y la Seguridad y sus Consecuencias en el Disfrute de los Derechos Humanos", en Helena TORROJA (dir.) y Sonia GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Bosch, Barcelona, 2009, pp-241-260.

-----, "Las empresas militares y de seguridad privadas ante el derecho internacional de los derechos humanos: su actuación en el conflicto iraquí", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, junio 2010, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org)

Jeremy SCAHILL, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Thunder's Mouth Press, Londres, 2007.

## Bibliografía

R.M. SCOVILLE, "Toward an accountability-based definition of mercenary", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 37, 2006, pp. 541-581.

G. SEGELL, *Disarming Iraq*, Glen Segell Publishers, Nueva York, 2004.

K. SILVERSTEIN y D. LURTON-ROSE, *The private warriors*, Verso, Nueva York, 2000.

P.W. SINGER, *Children at War*, University of California Press, Sacramento, 2006.

----- *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca, 2003.

----- "War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.42, n°2, 2004, pp.521-549.

----- *Wired For War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century*, Penguin, Nueva York, 2009.

B. STEPHEN, "The amorality of profit: transnational corporations and human rights", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, pp. 68-70.

C. STAHN y L. van den HERIK, *Future Perspectives on International Criminal Justice*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2010.

N. STINNETT, "Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 28, 2005, pp. 211-223.

T. SULLIVAN, "The Abrams Doctrine. Is It Enduring and Viable in the 21 Century?", *US Army War College Research Paper*, 2005.

J.H. TORRES, "Mercenaries in Colombia", Seminar on Privatization of Security and Warfare and Its Impacts on Human Rights, Ginebra, 21 de marzo de 2007.

H. TORROJA MATEU (dir.) y S. GÜELL PERIS (coord.), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las "empresas militares y de seguridad privadas"*, Bosch, Barcelona, 2009.

J.A. TYNER, *The Business of War: Workers, Warriors and Hostages in Occupied Iraq*, Ashgate, Aldershot, 2006.

R. UESSELER, *La guerra como negocio: Cómo las empresas militares privadas destruyen la democracia*, editorial Norma, Madrid, 2007.

F. VEIGA, *Slobo, una biografía no autorizada de Milosevic*, Debate, Barcelona, 2004.

L. WAYNE, “Cuando los pretorianos se hacen cargo”, *Revista Cambio*, México, 11 de diciembre de 2002, p. 1.

H. WELZER, *Guerras Climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Katz, Madrid, 2010.

H. WULF, “Reconstructing the Public Monopoly of Legitimate Force”, en Alan BRYDEN y Marina CAPARINI (eds.), *Private Actors and Security Governance*, Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Ginebra, 2006, pp. 1-36.



**BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA EN DERECHO ESTADOUNIDENSE**

G. ACQUAVIVA y F. POCAR, “Stare decisis”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

W. P. ADAMS, *Los Estados Unidos de América*, siglo XXI de España editores, Madrid, 1982.

M.Á. AHUMADA RUIZ, “Stare decisis y creación judicial de derecho constitucional. A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, número 67, enero-abril de 2003, pp.351-368.

E. ALCARAZ, M.Á. CAMPOS y C. MIGUÉLEZ, *El inglés jurídico norteamericano*, Ariel, Barcelona, 2007.

A.W. ALSCHULER, “Plea Bargaining and Its History”, en *Columbia Law Review*, vol. 79, nº 1, 1979, p. 1-43.

P.S. ATIYAH, *Essays on Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

----- *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1995.

H. BALL, *Courts and Politics. The Federal Judicial System*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1997.

S.A. BARBER y J.E. FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

D.A. BARCELÓ ROJAS, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, UNAM, México, 2005.

S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

L.R. BARROSO, “La americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas. Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 14, julio-diciembre de 2010, pp. 365-426, en [www.ugr.es/~redce/REDCE14pdf/09\\_BARROSO.pdf](http://www.ugr.es/~redce/REDCE14pdf/09_BARROSO.pdf)

L. BAUM, *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994.

T.BAYNES, “Blackwater settles Iraq killings suit”, *Reuters*, 6 de enero de 2012, en [www.reuters.com/article/2012/01/07/us-blackwater-lawsuit-idUSTRE80602U20120107](http://www.reuters.com/article/2012/01/07/us-blackwater-lawsuit-idUSTRE80602U20120107)

L.A. BEBCHUCK, "Federalism and the Corporation: the Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", *Harvard Law Review*, vol. 5, nº7, mayo 1992, pp. 1443-1510.

D. BELL, "Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma", *Harvard Law Review*, vol.93 nº3, 1980, pp.518-534.

M. BELTRÁN DE FELIPE, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

M. BELTRÁN DE FELIPE y J. GONZÁLEZ GARCIA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2005.

A. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

C.T. BOGUS, *The Second Amendment in Law and History: Historians and Constitutional Scholars on the Right to Bear Arms*, The New Press, Nueva York, 2001.

M.D. BOLLO AROCENA, "Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº12, diciembre 2006, en [www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/hamdan-v-rumsfeld-comentario-sentencia-dictada-tribunal-supremo-estados-unidos-29-junio-2006](http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/hamdan-v-rumsfeld-comentario-sentencia-dictada-tribunal-supremo-estados-unidos-29-junio-2006)

J.E. BOND, *Plea Bargaining & Guilty Pleas*, Clark Boardman, Nueva York, 1983.

A. BOSCH, *Historia de Estados Unidos, 1776-1945*, Editorial Crítica, Barcelona, 2009.

A. BOVINO, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", en *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, nº 2, 1997, pp. 35-79.

D.A. BRACER-NEGRÓN, "El interrogatorio y las pruebas de voluntariedad del sospechoso criminal: un análisis federal y estatal de unas normas en evolución", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Pontificia Universidad de Puerto Rico, vol. 40, nº 1, 2001, pp. 1-23.

R.A. BRAND, "Forum non conveniens", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996.

R.C. van CAENEGEM, *El nacimiento del Common Law Inglés*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998.

J.V. CALVI y S. COLEMAN, *American Law and Legal Systems*, 2ª ed., Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1992.

## Bibliografía

- J. CARDENAS, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 9, 1986, pp. 357-398.
- R.A. CARP y R. STINHAM, *Judicial Process in America*, 3ª ed., CQ Press, Thousand Oaks, 1983.
- D. CASSEL, "El sistema procesal penal de Estados Unidos", en Marcel STORME y Cipriano GÓMEZ LARA (coord.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. IV: *Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación*, UNAM, México, 2005, pp. 349-375.
- J. CASTRO REA, R.J. JACKSON y G.S. MAHLER, *Los sistemas políticos de América del Norte en los noventa*, UNAM, México, 1999.
- D. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1965.
- D. CIENFUEGOS SALGADO, *La función judicial*, Porrúa, México, 2008.
- Ch.E. CLARK, "State Law in the Federal Courts: The Brooding Omnipresence of *Erie v. Tompkins*", *Yale Law Journal*, vol. 55, nº2, 1946, pp. 267-296.
- D.S. CLARK, *Introduction to the Law of United States*, Derenter, Boston, 1992.
- D.H. CHAMBERLAIN, *The Doctrine Stare Decisis. Its Reason and Its Extent*, Universidad de Pensylvania, Filadelfia, 1885.
- G.C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT y M.P. FURMSTON, *The Law of Contract*, 11ª ed., Butterworths, Londres, 1986.
- G. CORNEJO, "El plea bargaining", *Revista Arbitraje y Mediación*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 18 de enero de 2006, pp. 2-5, en [www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/bargaining.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/bargaining.php)
- J.D. CORREA SELAMÉ, "El Plea Bargaining" en <http://corporativojuridico.cl/index.php?sec=14&art=49>
- R.A. COSGROVE, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870-1930*, New York University Press, Nueva York, 1987.
- R. CRUZ, "La ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976", *AHLADI*, vol.7, 1984, pp.105-129.
- M. DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- R. DAVID, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1964.
- A. DeCONDE, *Gun Violence in America: the Struggle for Control*, Northeastern University Press, Boston, 2001.

- L. DIEZ-PICAZO (coord.), *El oficio del jurista*, Siglo XXI de España, Madrid, 2006.
- O. DUEÑAS RUIZ, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- R. DWORKIN, *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)*, Ariel, Barcelona, 1999.
- R. DWORKIN, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.
- R.H. FALLON, *Implementing the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- J.M. FEINMAN, *Introducción al derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense*, trad. de Enrique Cruz Mercado González y rev. téc. de Magdalena Wong Bermúdez, Oxford University Press, México, 2004.
- T.M. FINE, "La Corte Suprema de los Estados Unidos: Una corte en transición", *Anuario 2007 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, Alcalá de Henares, 2008, pp.31-50.
- G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: a History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, 2003.
- P. FLETCHER, *Replanteamiento del Derecho Penal*, Little Brown, Boston, 1978.
- *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- E. FONER, *La historia de la libertad en EE.UU.*, Península, Barcelona, 2010.
- J.P. FRANK, "Caso Marbury vs. Madison, 1 Cranch 137, 2L. De. 60 (1803)", *Cases and Materials on Constitutional Law*, Callaghan & Company, Chicago, 1952.
- L.M. FRIEDMAN, "Plea Bargaining in Historical Perspective", *Law & Society Review*, vol. 13, nº 2, 1979, pp.247-260.
- *A History of American Law*, Nueva York, 1984.
- *Introducción al derecho estadounidense*, Bosch, Barcelona, 1988.
- *American Law in the 20th Century*, Yale University Press, New Haven, 2002.
- *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, UNAM, México, 2007.
- D.B. FURNISH, "Fuentes del Derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,

México, 2001, pp.75-110, disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), y también en *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*, [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art3.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art3.pdf)

G.L. GALL, *The Canadian Legal System*, 3ª ed., Carwell, Toronto, 1990.

A.S. GOLDSTEIN, *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

J.L. GÓMEZ COLOMER, “Experiencias de Derecho comparado sobre la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal”, en Juan Luis GÓMEZ COLOMER y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pp.459-498.

R.W. GORDON, “Abogados privados y la representación del “interés público” en los Estados Unidos: teoría y práctica”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 2, 1998, pp. 133-147.

T. GREY, “Do We Have an Unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review*, vol.27, n°3, 1975, pp. 703-718.

G. GUNTHER y Kathleen SULLIVAN, *Constitutional Law*, 13ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1997.

W.R. HARRIS, “International Human Rights and the Nuremberg Judgement”, *Santa Clara Lawyer*, núm.209, 1972, pp. 216-217.

G.R. HARTMAN, Roy M. MERSKY y Cindy L. TATE, *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Infobase Publishing, Nueva York, 2004.

P. HAY, *Una introducción al Derecho de los Estados Unidos*, Butterworth, Salem, 1992.

D. HEATH, *The Supreme Court of the United States*, Capstone Press, Mankato, 1999.

E.S. HENDLER, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

C. HERRERO SUÁREZ, *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el derecho de la competencia*, La Ley (grupo Wolters Kluwer), Madrid, 2006.

O.W. HOLMES, *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1963.

E. HONDIUS, “The impact of American law and American legal theory: threat or incentive?”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 22, n° 2, 2009, pp. 27-38.

T.L. JORDAN, *La Constitución de los Estados Unidos e información fascinante al respecto*, Oak Hill Publishing Company, Naperville, 2006.

T.L. JORDAN, *The Constitution of the United States. Text and Commentary*, Oak Hill Publishing Company, Naperville, 2006.

F.G. KEMPIN, *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*, West Group, St. Paul, 1990.

J. KENT, *Commentaries on American Law*, Halsted, Nueva York, 1826.

P. KOMMERS, J.E. FINN y G.J. JACOBSON, *American Constitutional Law: Essays, Cases and Comparative Notes*, 2ª ed., Rowan & Littlefield, Lanham, 2011.

W. KYMLICKA, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, editorial Paidós, Barcelona, 2003.

J.H. LANGBEIN, "The Origins of Public Prosecution at Common Law", *American Journal of Legal History*, vol. 17, 1973, pp. 313-335.

J.H. LANGBEIN, "Torture and Plea Bargaining", *University of Chicago Law Review*, vol.46, nº1, 1978, pp.3-22.

J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford Studies, Nueva York, 2003.

M. LANGER, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, nº 1, 2004, pp. 1-64.

W.R. LAFAVE, "The Prosecutor's Discretion in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970, pp. 532-548.

K.T. LASH, *The Lost History of the Ninth Amendment*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

R. LEFLAR, "Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law", *New York University Law Review*, vol.41, 1966, pp. 267-327.

CH. LERAT, *La Cour Suprême des États-Unis: pouvoirs et évolution historique*, Presses Universitaires de Bordeaux, Burdeos, 1990.

N.R. LONDOÑO, "La obligatoriedad de los principios del derecho en el *common law* de Estados Unidos", *Revista de Ciencias Políticas y Sociales* (Medellín), vol. 36, nº 106, enero-junio de 2007, pp. 55-68.

S. LÓPEZ AYLLÓN y M. MORINEAU (editores de la versión en español), *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, Vol. 1, National Law Center For Inter-American Free Trade-UNAM, México, 1999.

J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

## Bibliografía

A. LUJAMBIO, *La influencia del constitucionalismo anglosajón en el pensamiento de Emilio Rabasa*, Escuela libre de Derecho-UNAM y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

F.W. MAITLAND, *Equity, Also, the Forms of Action at Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1909.

P. MARCOS, *El Sistema Político de los Estados Unidos de Norteamérica*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1986.

M. MARCUS, "The Earliest Years (1790-1801)", en Paul FINKELMAN, Charles F. HOBSON, Christopher L. TOMLINS (ed.), entre otros autores, *The United States Supreme Court: the Pursuit of Justice*, Houghton Mifflin, Nueva York, 2005.

J. MARTIN, *Hanbury and Martin: Modern Equity*, 14ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

O. MARTÍN ORTEGA, "Globalización, negocios y derechos humanos: el caso de Birmania/Myanmar" en J.M. DE FARAMIÑÁN GILBERT (coord.), *Globalización y Comercio Internacional. XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 2003*, BOE, Madrid, 2005, pp.183-195.

M. MARTÍNEZ BARRABÉS, "La responsabilidad civil de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del Caso Unocal" en V. ABELLÁN HONRUBIA & J. BONET PÉREZ (dir.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional público*, Bosch, Barcelona, 2008, pp.221-267.

R. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Universitat de València, Valencia, 1999.

J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Derecho Angloamericano y Derecho Canónico: Las Raíces Canónicas de la "Common Law"*, Civitas, Madrid, 1991.

I. MATELLANES, "La interpretación de la Constitución EEUU: Originalistas vs. Evolucionistas. Contexto, consecuencias e importancia", en *Sárasuati*, 2009, en [www.sarasuati.com/la-interpretacion-de-la-constitucion-eeuu-originalistas-vs-evolucionistas-contexto-consecuencias-y-importancia/](http://www.sarasuati.com/la-interpretacion-de-la-constitucion-eeuu-originalistas-vs-evolucionistas-contexto-consecuencias-y-importancia/)

U. MATTEI, "A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, nº 1, 2003, pp. 383-448.

----- *Common Law. Il Diritto anglo-americano (Trattato di Diritto Comparato)*, Utet, Turín, 1992.

D.W. MAYNARD, *Inside Plea Bargaining. The Language of Negotiation*, Plenum Press, Nueva York, 1984.

M. McCONNELL, "The Ninth Amendment in Light of Text and History", en *Cato Supreme Court Review 2009-2010*, pp.13-28.

R.L. McDOUGAL, R.L. FELIX y R.U. WHITTEN, *American Conflicts Law: Cases and Materials*, LexisNexis, 2004.

R.J. McKEEVER, *The United States Supreme Court: a Political and Legal Analysis*, Manchester University Press, Nueva York, 1997.

D.G. McINTYRE, "The Nuremberg Trials", *University of Pittsburgh Law Review*, vol.24, 1962, pp.73-116.

A.P. MELONE y A. KARNES, *El sistema legal americano: Fundamentos, procesos y normas*, Roxbury, Los Angeles, 2003.

J. MONTERO AROCA, M.P. ORTELLS RAMOS y J.L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 1994.

J. MOYA, *Una empresa llamada Estados Unidos*, ediciones de la Torre, Madrid, 1994.

A.J. MUÑOZ GONZÁLEZ, "Casos Difíciles y Derecho como Integración. Estudio sobre la Teoría Jurídico Filosófica de Ronald Dworkin", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 3, 1999/2000, pp. 57-66.

L.A. MUÑOZ MIER, *Introducción al derecho penal estadounidense*, Instituto Tecnológico de Monterrey (ITAM), México, 1998.

J.R. NAFZINGER, "Algunas consideraciones acerca de la selección de leyes, según los tribunales y juristas norteamericanos", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, tomo II, n°13, 1981, pp. 1017-1035, disponible en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr44.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr44.pdf)

J.G. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005.

F. OVEJERO LUCAS, R. GARGARELLA y J. L. MARTÍ, *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*, editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.

R. PÉREZ PERDOMO, "Conversación con John Henry Merryman sobre la investigación en derecho comparado en los Estados Unidos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1419-1446, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/132/inf/inf17.pdf>

J.R. PERLAK, "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for Contractor Personnel", *Military Law Review*, vol. 169, 2001, pp.92-140.

A. PEYRO LLOPIS, "La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour Suprême des Etats-Unis", *Revue Générale de Droit International Public*, vol.109, n°3, 2005, pp.609-642.



## Bibliografía

- M.A. PLAZAS VEGA, “El realismo jurídico”, en AA.VV., *Hermenéutica Jurídica. Homenaje al Maestro Darío Echandía*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997, pp. 167-188.
- F. POLLOCK y F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1911.
- O. RABASA, *Derecho Angloamericano*, 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- O. RABASA, *El Derecho anglo-americano: estudio expositivo y comparado*, Porrúa, México, 1982.
- E. RAMÍREZ, “Conservadurismo en el pensamiento jurídico de Richard Posner” en Mónica VERA y Silvia NÚÑEZ (coords.), *Estados Unidos y Canadá ¿Signos Conservadores hacia el Siglo XXI?*, UNAM-Centro de Investigaciones para América del Norte, México, 1999, pp.267-305.
- W. REESE, *Conflict of Laws*, The Foundation Press, Mineola, 1978.
- M. REQUEJO ISIDRO, “Responsabilidad civil y derechos humanos en EE UU: ¿el fin del ATS?”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/840\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/840_es.pdf)
- M. RHEINSTEIN, “The Place of Wrong: A Study in the Method of Case Law” en *Tulane Law Review*, vol. 19, 1944, pp. 4-31.
- N. RODRÍGUEZ GARCÍA, “Aproximación al estudio de la justicia penal negociada de los EE.UU.: The Plea Bargaining Process”, *Revista Española de Estudios Norteamericanos*, nº 9, 1995, pp.91-108.
- N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- M. ROSENBERG, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, The Foundation Press, Mineola (Nueva York), 1978.
- A.I. ROSETT, *Contract Law and its Application*, 5ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1994.
- E. RUIZ VADILLO, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial*, número especial 2, 1988, pp.53-92.
- G.H. RUTLAND, *Supreme Court of the United States: a bibliography with indexes*, Nova Science, Nueva York, 2006.
- B. SANJURJO REBOLLO, *Los jurados en USA y en España: dos contenidos distintos de la misma expresión*, Dykinson, Madrid, 2004.

M. SASSÒLI, "Guantanamo, Detainees", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

A. SCALIA y A. GUTMANN, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

G.R. SCHMITT, "Closing the Gap in Criminal Jurisdiction over Civilians Accompanying the Armed Forces Abroad — a First Person Account of the Creation of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000", en *Catholic University Law Review*, vol. 51, n° 1, 2001, pp.55-134.

----- "Amending the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Rushing to Close an Unforeseen Loophole", *Army Lawyer*, junio de 2005, pp.41-47.

A. SEIBERT-FOHR, "United States Alien Tort Statute", *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008-, online edition, [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)

R. SÉROUSSI, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1998.

G.C. SISK, M.F. LLONE, J. MONTAGUE y U. LESTER, *Litigation with the Federal Government*, The American Law Institute, Washington D.C., 2006.

D. SLOSS, "When Do Treaties Create Individually Enforceable Rights? The Supreme Court Pucks the Issue in *Hamdam* and *Sanchez-Llamas*", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.45, n°1, 2006, pp.20-113.

B.P. SMITH, "Plea-Bargaining and the Eclipse of the Jury", *Annual Review of Law and Social Science*, vol.1, 2005, pp. 131-149.

D.G. SMITH, "The Second Amendment and the Supreme Court", en *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 6, n° 2, 2008, pp. 591-605.

J.F. SMITH (coord.), *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990.

N. SMITH, *Geografías perdidas y globalizaciones fracasadas. De Versalles a Irak*, Nueva York, en [www.raco.cat/index.php/DocumentsAnalisi/article/viewFile/31829/180042](http://www.raco.cat/index.php/DocumentsAnalisi/article/viewFile/31829/180042)

B. STEPHENS y M. RATNER, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Transnational Publishers, Irvington-on Hudson, 1996.

K.L. SWICK, "Plea Bargains: What to Do When the Prosecutor Says No", *University of Dayton Law Review*, vol. 6, n°1, 1981, pp. 95-113.

R.A. TERRILE, *Supremacía constitucional y control de constitucionalidad*, editorial Juris, Rosario, 2001.

S.C. THAMAN, "Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, nº 3, 2007, pp. 1-54.

----- (ed.), *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Carolina Academic Press, Durham, 2010.

Á. TINOCO PASTRANA, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

J. TITUS, C. BECKNER y S.A. STRIKIS, "Double Jeopardy", *Georgetown Law Journal*, vol. 81, 1993, pp. 1219-1266.

J. TOOBIN, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, Doubledoy, Nueva York, 2007.

G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 9ª ed., Londres, 1995.

J. TRÍAS MONGE, *Teoría de Adjudicación*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, San Juan de Puerto Rico, 2000.

A. TUNC y S. TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1957.

Universidad Católica "Andres Bello", *Jornadas de Derecho procesal penal*, Universidad Católica "Andres Bello", Caracas, 2006.

R.A. TYZ, "Searching for a Corporate Liability Standard Under the Alien Tort Claims Act in Doe v. Unocal", *Oregon Law Review*, vol. 82, verano 2003, pp. 559-580.

E. URSÚA-COCKE, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.

E. VÁZQUEZ DE CASTRO, "Los contratos ilegales en el Common Law", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 1, 2002, pp.115-162.

J. VERGUER GRAU, *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

J.R. VILE, *Essential Supreme Court Decisions: Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*, 15ª edición, Rowman & Littlefield, Lanham, 2010.

A.T. von MEHREN, "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", en *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974, pp. 347-371.

L.D. WACQUANT y P. BOURDIEU, *Repensar los Estados Unidos: para una sociología del hiperpoder*, Anthropos editorial, Barcelona, 2005.

K.E. WAITS, "Avoiding the "Legal Bermuda Triangle": the Military Extraterritorial Jurisdiction Act's Unprecedented Expansion of U.S. Criminal Jurisdiction over Foreign Nationals", en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 23, n° 2, 2006, pp.493-542.

C. WARREN, *The Supreme Court in United States History: Volume Three: 1856-1918*, Beard Books, Washington, D.C., 1999.

H. WEGENER, F. LÖSEL y J. HAISCH (eds.), *Criminal Behavior and the Justice System*, Springer, NuevaYork, 1989.

J.E. WESTBROOK, "A Survey and Evaluation of Competing Choice-of-Law Methodologies: The Case for Eclecticism", en *Missouri Law Review*, vol. 40, 1975, pp. 407-411.

J.H. WILKINSON, *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration 1954-1978*, Oxford University Press, Nueva York, 1979.

D.H. WILLIAMS, *The Mythic Meanings of the Second Amendment: Taming Political Violence in a Constitutional Republic*, Yale University Press, New Haven, 2003.

R.C. WILLIAMS, "The One and Only Substantive Due Process Clause", en *Yale Law Journal*, vol.120, n°3, 2010, pp.408-512.

R.C. WILLIAMS, "The Ninth Amendment as a Rule of Construction", *Columbia Law Review*, vol. 111, 2011, pp. 498-573.

P.H. WINFIELD, "Public Policy and the English Common Law", *Harvard Law Review*, vol. 42, n° 1, 1928, pp. 76-102.

A. WINKLER, "Scrutinizing the Second Amendment", *Michigan Law Review*, vol. 105, 2007, pp.683-733.

J.L. WORRALL y M.E. NUGENT-BORAKOVE, *The Changing Role of the American Prosecutor*, State University of New York Press, Nueva York, 2008.

T. YIN, "Ending the War on Terrorism One Terrorist at a Time: A Noncriminal Detention Model for Holding and Releasing Guantánamo Bay Detainees", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 29, n° 1, 2006, pp.149-212.

## JURISPRUDENCIA

### A. JURISPRUDENCIA NACIONAL

#### A.1. ESTADOS UNIDOS

##### A.1.a. TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 24 de febrero de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137).

Sentencia de 3 de marzo de 1890 en el caso *Hans vs. Luisiana* (134 U.S. 1).

Sentencia de 31 de mayo 1897 en el caso *Underhill vs. Hernandez* (168 U.S. 250).

Sentencia de 17 de febrero de 1936 en el caso *Ashwander vs .Tennessee Valley Authority* (297 U.S. 288).

Sentencia de 17 de febrero de 1936 en el caso *Brown vs. Mississippi* (297 U.S. 278).

Sentencia de 25 de abril de 1938 en el caso *Erie R. Co. vs. Tompkins* (304 U.S. 64), 78-1938. Lexis 984, 11 Ohio.

Sentencia de 15 de mayo de 1939 en el caso *United States vs. Miller* (307 U.S. 174).

Sentencia de 12 de febrero de 1940 en el caso *Chambers vs. Florida* (309 U.S. 227).

Sentencia de 1 de mayo de 1944 en el caso *Ascraft vs. Tennessee* (322 U.S. 143).

Sentencia de 3 de septiembre de 1945 en el caso *Yamashita* (327 U.S. 1-81).

Sentencia de 19 de junio de 1961 en el caso *Mapp vs. Ohio* (367 U.S. 643), 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d. 1081, 1961. Lexis 812 86 L. Ohio. Abs. 513 y 516;

Sentencia de 18 de marzo de 1963 en el caso *Gideon vs. Wainwright* (372 U.S. 335) 83 S. Ct. 792, 9 L. Ed. 2d. 799, 5951. Lexis. 1942

Sentencia de 27 de mayo de 1963 en el caso *Haynes vs. Washington* (373 U.S. 503).

Sentencia de 13 de junio de 1966 en el caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436), 86 S.Ct 1602, 16 L. Ed. 2d 694, Lexis 2817, 10 974, ALR3d.

Sentencia de 2 de junio de 1969 en el caso *O'Callahan vs. Parker* (395 U.S. 258).

Sentencia de 4 de mayo de 1970 en el caso *Brady vs. United States* (397 U.S. 742).

Sentencia de 20 de diciembre de 1971 en el caso *Santobello vs. New York* (404 U.S. 257), 92 S. Ct 495.

Sentencia de 22 de mayo de 1972 en el caso *Kastigar vs. Estados Unidos* (406 U.S. 441).

Sentencia de 22 de enero de 1973 en el caso *Roe vs. Wade* 410 U.S. 113, (1973) 93 S. Ct. 705, 35 L.Ed. 2d 147.

Sentencia de 20 de mayo de 1974 en el caso *Blackledge vs. Perry* (417 U.S. 21).

Sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso *Bordenkircher vs. Hayes* (434 U.S. 357).

Sentencia de 26 de mayo de 1981 en el caso *Maryland v. Louisiana* (451 U.S. 725).

Sentencia de 18 de junio de 1982 en el caso *United States vs. Goodwin* (457 U.S. 368), 102 S. Ct. 2485, 73, L. Ed. 2d 74.

Sentencia de 19 de marzo de 1985 en el caso *Wayte vs. United States* (470 U.S. 598).

Sentencia de 29 de junio de 1988 en el caso *Morrison vs. Olson*, (487 U.S. 654, 691) 108 S. Ct. 2597; 101 L. Ed. 2d 569; 1988 U.S. LEXIS 3034; 56 U.S.L.W. 4835.

Sentencia de 21 de mayo de 1990 en el caso *Hughey vs. United States* (495 U.S. 411) (110 S. Ct 1979, 109 L.Ed.2d 408).

Sentencia de 29 de junio de 1992 en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833).

Sentencia de 23 de junio de 1999 en el caso *Alden vs. Maine* (527 U.S. 706).

Sentencia de 27 de noviembre de 2001 en el caso *Correctional Services Corp. vs. Malesko* (534 U.S. 61), 68, 229 F. 3d, 374.

Sentencia de 21 de marzo de 2004 en el caso *Hiibel vs. Tribunal Sexto de Distrito de Nevada* (542 U.S. 960) 125 S. Ct. 18, 159 L. Ed. 2d, 849.

Sentencia de 28 de junio de 2004 en el caso *Hamdi v. Rumsfeld* (542 U.S. 507).

Sentencia de 28 de junio de 2004 en el caso *Rasul et al. v. Bush* (542 U.S. 466).

Sentencia de 29 de junio de 2004 en el caso *Sosa vs. Álvarez Machain* (03-339), 542 U.S. 692, 331 F. 3d. 604.

Sentencia de 25 de abril de 2006 en el caso *Northern Insurance Company of New York v. Chatham County* (547 U.S. 189).

Sentencia de 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld* (542 U.S. 557).

Sentencia de 26 de junio de 2008 en el caso *District of Columbia vs. Heller* (554 U.S. 570), 128 S. Ct. 2783, 171, L. Ed. 2d. 637. Lexis, 5268.

Sentencia de 15 de diciembre de 2008 en el caso *Altria Group v. Good* (555 U.S. 70).

## Bibliografía

Sentencia de 4 de marzo de 2009 en el caso *Wyeth v. Levine* (555 U.S. 555).

Sentencia de 1 de junio de 2010 en el caso *Berghuis vs. Thompson* 560 U.S. \_\_ 2010 (expediente 08-1470), 130 S. Ct. 2250.

Sentencia de 28 de junio de 2010 en el caso *MacDonald vs. Chicago* (561 U.S. 3025), 130. S. Ct. 3020 (2010).

Decisión de 4 de junio de 2012 en el caso *Paul A. Slough et al. vs. United States*, 132 S.Ct. 2710.

### A.1.b. OTROS TRIBUNALES

Sentencia de 30 de junio de 1980 en el caso *Filártiga vs. Peña-Irala*. 630 F 2d 876. Segundo Circuito de Apelaciones (S.D.N.Y.)

*Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal*, 634 F Supp 842. (S.D.N.Y.), 846-848. 12 de mayo de 1986.

Sentencia 11 de abril de 1994 en el *Caso Aguinda v. Texaco, Inc.*, No. 93 Civ. 7527, 1994 WL 142006 (S.D.N.Y); 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y. 1994), 945 F. Supp. 625-627 (S.D.N.Y. 1996).

Sentencia de 13 de octubre de 1995 en el caso *Kadic vs. Karadzic* 70 F. 3d 232, 2d Cir. de California.

Sentencia de 31 de enero de 2000 en el *Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153. 158-61 .2d Cir. U.S. Dist. LEXIS 745 (S.D.N.Y.).

Sentencia de 31 de agosto de 2000 en el caso *Doe vs. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d. 1294. Tribunal federal de Apelaciones del Noveno Circuito.

Sentencia 28 de febrero de 2002 en el caso *Wilwa vs. Royal Dutch Petroleum*, 96 Civ. 8386, WL 319887 (S.D.N.Y).

Sentencia del 18 de septiembre de 2002 en el caso *John Doe vs. Unocal corporation*, Tribunal de Apelaciones de Circuito noveno. Distrito Central de California. 395. F. 3d.932

Sentencia de 19 de marzo de 2003 en el caso *La Iglesia Presbiteriana de Sudán vs. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp .2d 289, Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York.

Sentencia del Tribunal de Distrito (Columbia) de 14 de octubre de 2005 en el caso *Doe vs. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp .2 d 20, 473 F. 3d. 345. (Tribunal D.D.C 2005).

Sentencia de 13 de junio de 2005 en el caso *La Iglesia Presbiteriana de Sudán vs. Talisman Energy, Inc* 374 f. Supp. 2d. 331. Tribunal de Apelaciones del Distrito Sur de Nueva York.

Sentencia de 22 de agosto de 2006 en el caso *Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. C99-02506SI, 2006 WL 2455752. Tribunal Federal para el Distrito Norte de California.

Sentencia de 14 de marzo de 2007 en el caso *Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. C99-02506SI, 2007 WL 800940. Tribunal Federal para el Distrito Norte de California.

Sentencia de 11 de octubre de 2007 en el caso *Sarei vs. Rio Tinto, PLC*, 487 F. 3d 1193. (2007). Tribunal Noveno Circuito de Apelaciones, *Sarei vs. Rio Tinto PLC*, 650 F. Supp. 2d 1004, 1032 (CD. Cal. 2009) y Opinión No. 09-56381 D.C. No. 2:00-cv-11695-MMM-MAN. Distrito Central de California, octubre 25 de 2011.

Sentencia de 8 de abril de 2009 en el caso *Khulumani vs. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254. Segundo Circuito, S.D.N.Y.

Sentencia de 27 de abril de 2009 en el caso *Bienes de Atban Saed Himoud , et al. vs. Blackwater EE.UU.*, et al., 611 F. Supp. 2 d 1 (2009). Tribunal de Distrito de Columbia.

Orden del Tribunal de Distrito (Columbia) de 30 de septiembre de 2009 en el caso *Doe VIII vs. Exxon Mobil Corp.*, 658 F. Supp. 2d. 131 (DDC 2009).

Orden de 31 de diciembre de 2009 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 677 F.Supp.2d 112 (2009). Tribunal de Distrito de Columbia.

Sentencia de 8 de septiembre de 2010 en el caso "*Doe vs. Nestlé*, cv-05-5133. Tribunal del Distrito Central de California.

Sentencia de 10 de septiembre de 2010 en el caso *Bowoto vs. Chevron Corp.*, No. 3:99-cv-02506-SI. 2010. Tribunal de Apelaciones del Distrito Norte de California.

Sentencia de 17 de septiembre de 2010, caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F. 3d 111 (2d Cir. 2010). Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito.

Orden de 21 de enero de 2011 en el caso *Blackwater Security Consulting, LLC vs. Nordan* (2011 WL 237840 E.D.N.C., 2011). Tribunal de Distrito (North Carolina).

Sentencia de 22 de abril de 2011 en el caso *United States vs. Paul A. Slough et al.*, 641 F.3d 544. Tribunal de Apelaciones de Columbia.

Sentencia de 11 de julio de 2011 en el caso *Flomo vs. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, 643 F.3d.1013 (7° Circ., Indiana. 2011).

Sentencia de 13 de julio de 2011 en el caso *United States of America ex rel. Davis vs. Prince et al.* 2011 WL 2749188 (E.D.Va.). Tribunal de Distrito (E.D. Virginia).

Sentencia de 6 de diciembre de 2012 en el caso *United States of America, ex rel. Davis vs. U.S. Training Center, Inc., f/k/a Blackwater Lodge and Training Center, Inc.*, 498



Fed.Appx. 308, 2012 WL 6052051 (C.A.4 (Va.). Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito.

## **A.2. CANADÁ**

Sentencia de la Corte Suprema de 8 de febrero de 1983 en el caso *R. v. Saskatchewan Wheat Poll*, 1 S.C.R. 205.

Sentencia de la Corte Suprema de 26 de julio de 1984 en el caso *Kamloops (City) v. Nielsen*, 2 S.C.R. 2

Sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 1999 en el caso *Ryan v. Victoria (City)*, 1 S.C.R. 201.

## **A.3. OTROS ESTADOS**

Sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 4 de mayo de 1961 en el caso *Shaw vs. Director of Public Prosecutions*, House of Lords, [1962] A.C. 220.

Sentencia del Tribunal de Distrito de Tokio de 7 de diciembre de 1963 en el Caso *Shimoda y otros vs. El Estado*.

Sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 1972 en el caso *Knulier vs. Director of Public Prosecutions*, House of Lords, [1973] A.C. 435.

Sentencia de 26 de septiembre de 1998 en el caso *Arthur Tihterington and others vs. State of Japan*, Civil Division N. 316, Tribunal de Distrito de Tokio.

Sentencia de 30 de noviembre de 1998 en el caso *Sjoerd Lapré v. State of Japan, Civil División N. 6*, Tribunal de Distrito de Tokio.

Sentencia del Tribunal Supremo de Grecia de 4 de mayo de 2000, *Prefecture of Voiotia vs. Federal Republic of Germany*, Causa número 11/2000, Areios Pages.

Sentencia del Tribunal Supremo de la India de 7 de junio de 2010 en el caso *Union Carbide Corp Gas at Bhopal*.

## **B. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **B.1. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949 en el caso *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, *ICJ Reports 1949*, p.174.

Sentencia de 27 de junio de 1986 en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* –fondo- (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), *Yearbook of the International Court of Justice*, 1986, p. 130.

Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, *ICJ Reports 1996*, p. 226.

Sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el caso *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo vs. Uganda), *ICJ Reports 2005*, p. 168.

Sentencia de 26 de febrero de 2007 en el caso *Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio* –fondo- (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), *ICJ Reports 2007*, p. 43.

### **B.2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA**

Decisión de la Sala de Apelaciones de 22 de octubre de 1995 en el caso *Prosecutor vs. Tadic* –competencia- (IT-94 -1-AR72).

Sentencia de la Sala I de Instancia de 29 de noviembre de 1996 en el caso *Prosecutor vs. Erdemovic* (IT-96-22-T).

Sentencia de la Sala II de Instancia de 7 de mayo de 1997 en el caso *Prosecutor vs. Tadic* (IT-94-1-T).

Sentencia de la Sala de Apelaciones de 7 de octubre de 1997 en el caso *Prosecutor vs. Erdemovic* (IT-96-22 A).

Sentencia de la Sala I de Instancia de 14 de diciembre de 1999 en el caso *Prosecutor vs. Jelusic* (IT-95-10-T).

Sentencia de la Sala II de Instancia de 22 de febrero de 2001 en el caso *Prosecutor vs. Kunarac et al.* (IT-96-23-T y IT-96-23/1-T).

### **B.3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA**

Sentencia de la Sala de Instancia de 4 de septiembre de 1998 en el caso *Prosecutor vs. Kambanda* (IT-ICTR-97-23-S).

**B.4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Sentencia de 19 de septiembre de 1996 en el caso *Neira y Alegría y otros vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de 29 de agosto de 2002 en el asunto *Caracazo vs. Venezuela*. Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Sentencia de 5 de julio de 2006 en el caso *Montero-Aranguren y otros vs. Venezuela*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.



## **DOCUMENTOS OFICIALES**

Asamblea General: A/63/467 y Consejo de Seguridad: S/2008/636 de fecha 6 de octubre de 2008. Organización de las Naciones Unidas.

Asamblea General: Res 60/251. *Informe de Grupo de Trabajo sobre utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*. A/HRC/4/42/Add.1

Centro de información sobre empresas y Derechos Humanos, Business & Human Rights USA Laws Resource Centre.

Centro de Estudios Internacionales, *Centroamérica: perspectivas de futuro*, Edicions Universitat Barcelona, 2002, pp. 60-61.

Código Civil de Quebec. 1991 (artículo 3126).

Concepto Estratégico de la Alianza aprobado por los jefes de Estado y de gobierno que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte en Washington, 23 y 24 de abril de 1999, comunicado de prensa NAC-S (99) 65 (Bruselas-OTAN), párr.24.

XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Suiza, diciembre de 2011.

Comisión de Derecho Internacional, Título y Texto del Proyecto sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos Aprobados por el Comité de Redacción en la Segunda Lectura, artículo 31. Documento de la Organización de las Naciones Unidas A/CN.4/L.602/Rev.1 de 2001. Reparación de Heridas Sufridas en Servicio de las Naciones Unidas, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, del 11 de abril de 1949.

Constitución de los Estados Unidos de América. Servicio de Información.

Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 y Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) para la eliminación del mercenarismo en África, de 1977 (UNTS, vol.1490, p.89).

Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 1989 (UNTS, vol.2163, p.75).

Convención para prevenir y sancionar los Actos terroristas Configurados en Delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan relevancia internacional, adoptado por la Asamblea General el 21/II/71.

Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, adoptado en Tokio el 14/9/1963.

Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los fines de detención, adoptado en Montreal el 1/3/1991.

Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves, firmada en la Haya en 1970 Convención para la Represión de Actos ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmada en Montreal en 1971.

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1973.

Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1997; y el Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999.

*Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation of 1952*, y el Protocolo número 1 del Acuerdo entre Luxemburgo y Alemania y la Conferencia de Reclamaciones judías contra el gobierno alemán de 1952

Declaración de Astana, diciembre de 2010.

Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados, de 17 de septiembre de 2008 (Documento de Naciones Unidas A/63/467-S/2008/636, anexo, de 6 de octubre de 2008, pp.4-30).

Documento A.HRC/6/12/add,4/FUTURE, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, de 28 de septiembre de 2007.

Documento. Asamblea General. A/HRC/18/32. 4 de julio de 2011.

Departamento de Estado de Estados Unidos, “El Tribunal Supremo de Estados Unidos”, *eJournal USA*, vol. 4, número 10, octubre de 2009, pp. 1-40.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Empresas y violaciones a los derechos humanos: una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*, 2011, disponible en [www.fidh.org/IMG/pdf/guia\\_empresas\\_seccion-ii.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/guia_empresas_seccion-ii.pdf)

G. GAJA, *Second Report on Responsibility of International Organizations*. Doc. A/CN.4/541, de 2 de abril de 2004.

*Suplemento a un Programa de Paz*, Doc. A/50/60 – S/1995/1.

*Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas (“Informe Brahimi”)*, Doc. A / 55/ 305-S/ 2000/809.

## Bibliografía

*Informe de Situación de la Presidencia al Consejo Europeo de Helsinki sobre el refuerzo de la Política Europea Común de Seguridad y Defensa*, Unión Europea, diciembre de 1999.

*Informe sobre la cuestión de la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, presentado por el relator especial de la Comisión de los Derechos Humanos*. Res. A/49/362, 6 de septiembre de 1994, pp. 54-63.

*International Business Machines Corporation (IBM) v. Gypsy International Recognition and Compensation Action*, fallo del Tribunal de Ginebra (Suiza), de 22 de diciembre de 2004, C.296/2004.

Instruction 3020.41, “Contractor Personnel Authorized to Accompany the US Armed Forces”, October 2005; The Department of Defence Directive 3115.09; Department of Defence, Intelligence Interrogations, Detainee Debriefing and Tactical Questioning, November 2005 and Department of Defence Directive 2311.OIE

*Le nouvel observateur*, 23 de junio de 2008.

La OTAN en su medio siglo. *Una visión española*, Asociación Atlántica Española (AAE) Madrid, 1999.

Manual de reglas federales para la determinación judicial de la pena (*Federal Sentencing Guidelines Manual*).

Manual de la OTAN. Servicio de Información de la OTAN, 1949, p. 19.

Manual del CAD/OCDE Sobre la reforma del Sistema de Seguridad, Apoyo a la seguridad y a la justicia, OCDE, Publishing Oecd Publishing, 2008, p. 253-255.

“Nato Response Force.Extended Reach. Expeditionary Capability”, *NATO Briefing*, septiembre de 2006, p. 2.

National Defense University, Strategic Assessment 1999, Washington DC, 2000, pp. 240-241.

Nations Unies, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, United Nations Publications, 2003, pp. 95-97

Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza, Consejo del Atlántico Norte, Roma 7 y 8 de noviembre de 1991 (Bruselas: OTAN), párr. 12.

Oficina de Programas para Jueces y la Oficina administrativa de los Tribunales de Estados Unidos, *División de los jueces del Título III*, Wshington. D.C., 2004.

*Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, aprobado por el Comité de Redacción en la Segunda Lectura -documento de Naciones Unidas A/CN.4/L.602/Rev.1 de 2001-.

*Proyecto de Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*, de 2011 (doc.A/66/10, pp.55-73).

*Proyecto de Convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP)*, en informe de 2 de julio de 2010 del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación -doc. A/HRC/15/25, de 5 de julio de 2010 (versión en español), anexo, pp. 20-45-.

Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anejo a la IV Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907.

Resolución 2625 (XV) de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, anexo, “Declaración sobre los Principios de Derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Resoluciones: 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) todas adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Resoluciones de la Asamblea General de la ONU A/59/178 (2004), A/C.3/61/L.50 (2006), A/C.3.62/L62 (2006).

Resolución de la Asamblea General: A/RES/2200 A (XXI) 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General: A/63/467 y Consejo de Seguridad: S/2008/636 de fecha 6 de octubre de 2008. Organización de las Naciones Unidas.

Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147. Anexo 15. Doc. O.N.U. A/RES/60/147 de 16 de diciembre de 2005.

UNAM, *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Coordinación de Humanidades- UNAM, 1989.

UNCTAD, *La publicación de información sobre la repercusión de las empresas en la sociedad*, 2004.

UNITED NATIONS, *Resúmenes de Los fallos opiniones consultivas y providencias de la Corte*, United Nations Publications, 2010, pp. 115-116.

UNITED NATIONS, *Repertorio de la práctica del Consejo de Seguridad, 1989-1992*, United Nations Publications, 2010.

United States General Accounting Office, *DEA's mobile enforcement teams steps taken to enhance program management*, Diane Publishing, July 2001.



### *Bibliografía*

*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. IX, United States Government, Printing Office, Washington, 1950.



**PÁGINAS ELECTRÓNICAS**

<http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<http://activistnews.blogspot.com/2011/04/us-court-reinstates-blackwater-iraq.html>

<http://www.ajzanier.com.ar/yamashita.htm>

<http://www.alasbarricadas.org/forums/viewtopic.php?f=38&t=1642>

<http://www.ali.org/>

[http://albertmedran.com/bloc\\_cast/2009/02/25/obama-y-el-trubunal-supremo/](http://albertmedran.com/bloc_cast/2009/02/25/obama-y-el-trubunal-supremo/)

<http://www.amnesty.org/es>

[http://blog.enbusca.com/usted-tiene-derecho-a-guardar-silencio/?utm\\_source=rss&utm\\_medium=rss&utm\\_campaign=usted-tiene-derecho-a-guardar-silencio](http://blog.enbusca.com/usted-tiene-derecho-a-guardar-silencio/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=usted-tiene-derecho-a-guardar-silencio)

<http://www.bloomberg.com/news/2011-04-22/blackwater-guards-iraqi-civilian-death-case-reinstated-by-appeals-court.html>

<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/motivos-de-preocupacion-en-el-cuarto-aniversario-de-la-guerra-de-irak/>

<https://www.cia.gov/redirects/factbookredirect.html>

<http://www.cbsnews.com/stories/2005/01/iraq/main665758.shtml?CMP=ILC-SearchStories>

<http://www.cicr.org/>

<http://www.icrc.or/WEB/SPA/Sitespa0.nsf/html/6R8NK6>

<http://www.cicte.oas.org/rev/en/Documents/Conventions/AG%20RES%201840%202002%20espanol.pdf>

<http://www.constitution.org/mil/ucmj19970615.htm>

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_150\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf)

[http://www.cyberdriveillinois.com/departments/business\\_services/uniform\\_commercial\\_code/home.html](http://www.cyberdriveillinois.com/departments/business_services/uniform_commercial_code/home.html)

<http://www.defense.gov/>

<http://www.dipublico.com.ar/?p=1732>

<http://www.disabilityrightsca.org/pubs/522902.pdf>

[http://www.dsi.biz/articles/2009Nov\\_ABIJ\\_InPariDelictoReconsidered.pdf](http://www.dsi.biz/articles/2009Nov_ABIJ_InPariDelictoReconsidered.pdf)

<http://www.dyn-intl.com/>

<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1089158,00.html>

[http://www.educadem.oas.org/documentos/dem\\_spa.pdf](http://www.educadem.oas.org/documentos/dem_spa.pdf)

[http://www.europa.eu.int/scadplus/glossary/european security defence policy es.htm](http://www.europa.eu.int/scadplus/glossary/european_security_defence_policy_es.htm)

<http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/517423.html>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/10/internacional/1263134370.html>

<http://www.gpoaccess.gov/uscode/>

<http://www.fmmeduacion.com.ar/Recursos/Documentos/Internacionales/otan.htm>

<http://www.incipe.org/ensayo175.htm>

[http://www.insyde.org.mx/EXPAGES/ni16\\_documento montreux.asp](http://www.insyde.org.mx/EXPAGES/ni16_documento_montreux.asp)

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art7.htm>

<http://www.laondadigital.com/laonda/laonda/301-400/389/b3.htm>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents>

<http://www.lexjuris.com/lexusdir.htm>

<http://law.lexisnexis.com/infopro/zimmermans/disp.aspx?z=1467>

<http://www.lexjuris.com/lexusdir.htm>

<http://monde-diplomatique.es/2003/04/conesa.html>

<http://www.nato.int/cps/en/natolive/index.htm>

[http://www.nodo50.org/casca/agenda2004/iraq/sinfo\\_7-03-04.html](http://www.nodo50.org/casca/agenda2004/iraq/sinfo_7-03-04.html)

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html>

<http://prof.usb.ve/vurbina/docs/onuempresas.pdf>

[http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm.](http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm)

[www.canlii.org/en/qc/laws/stat/sq-1991-c-64/latest/sq-1991-c-64.html](http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/sq-1991-c-64/latest/sq-1991-c-64.html)

<http://www.derechocomparado.org/Imprimir/PRusSosa.html>

[http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Sovereign immunity#In the United States](http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Sovereign_immunity#In_the_United_States)

[http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf.](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf)

[http://www.newyorker.com/reporting/2010/03/22/100322fa fact toobin](http://www.newyorker.com/reporting/2010/03/22/100322fa_fact_toobin)

<http://www.expansion.com/2011/06/22/empresas/1308778671.html?a=83cefaeb32c5aa1c2f9007bb2720aff&t=1325200691>

[http://www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive family members of slain iraqis](http://www.democracynow.org/2007/10/11/exclusive_family_members_of_slain_iraqis)

<http://espanol.getlegal.com/legal-info-center/la-quinta-enmienda-de-la-constitucion-de-los-estados-unidos>

[www.nato.int/doc/undate/2006/11november/e/1286.htm](http://www.nato.int/doc/undate/2006/11november/e/1286.htm)

<http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/Yamashita1.htm>

<http://www.scjn.gob.mx/RecJur/BibliotecaDigitalSCJN/CopiaLibros/Paginas/FallosHistoricosdeLaSCdelosEstadosUnidosdeAmerica.aspx>

[http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Private military company](http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Private_military_company)

[http://newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Entrevista a Juan Javier del Grande por Luis Figueroa](http://newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=Entrevista_a_Juan_Javier_del_Grande_por_Luis_Figueroa)

[http://www.nodo50.org/cscs/agenda2001/ny\\_11-09-01/legis-EEUU\\_12-11-01.html](http://www.nodo50.org/cscs/agenda2001/ny_11-09-01/legis-EEUU_12-11-01.html)

<http://www.ctv.es/USERS/sos/queescre.htm>

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/montreux-document-170908>

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/2009-annual-report-facts-figures-190510>

[www.npr.org/iraq/2004/prision abuse report.pdf](http://www.npr.org/iraq/2004/prision_abuse_report.pdf) (Informe Taguba).

<http://www.publico.es/internacional/393721/el-exvicepresidente-de-eeuu-dick-chenev-asegura-ser-darth-vader>

<http://elmundodelabogado.com/2011/wikileaks-y-el-derecho-internacional/>

[http://books.google.com.mx/books?id=aQzfO15jVgIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_atb#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.mx/books?id=aQzfO15jVgIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false)

<http://www.publico.es/internacional/181521/se-entregan-los-agentes-de-blackwater-acusados-de-matar-a-17-civiles-en-bagdad>

<http://info7.mx/a/noticia/26354>

[http://meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista\\_docente/personal/f3.html](http://meltingpot.fortunecity.com/alberni/698/revista_docente/personal/f3.html)

<http://revcom.us/a/064/torturelaw-es.html>

<http://www.minutodigital.com/2011/04/22/un-tribunal-estadounidense-restablece-los-cargos-presentados-contr-a-cinco-guardias-de-blackwater/>

[http://www.minhpuertorico.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=513:las-denuncias-hechas-por-wikileaks-sobre-la-situacion-de-los-prisioneros-en-guantanamo&catid=66:alejandro-torres-rivera&Itemid=79](http://www.minhpuertorico.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=513:las-denuncias-hechas-por-wikileaks-sobre-la-situacion-de-los-prisioneros-en-guantanamo&catid=66:alejandro-torres-rivera&Itemid=79)

<http://www.mklnoticias.cc/cc/2011/04/8-anos-del-asesinato-de-jose-couso.html>

[http://www.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1482:declaraciripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y-la-polca-social&catid=236:marco-normativo-libsint&Itemid=1262](http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1482:declaraciripartita-de-principios-sobre-las-empresas-multinacionales-y-la-polca-social&catid=236:marco-normativo-libsint&Itemid=1262)

<http://revolutionaryfrontlines.wordpress.com/2010/10/23/wikileaks-reveals-blackwater-shooting-of-civilians-in-iraq/>

[http://freeourpress.info/freedom\\_of\\_the\\_press\\_videos/iraq-wikileaks-files-show-usbritish-blackwater-war-crimes](http://freeourpress.info/freedom_of_the_press_videos/iraq-wikileaks-files-show-usbritish-blackwater-war-crimes)

<http://www.jornada.unam.mx/2012/03/26/mundo/028n1mun>

<http://moqawama.blogia.com/2011/010601-la-masacre-de-la-catedral-de-bagdad.php>

<http://jgvidal.blogspot.com/2006/12/la-quinta-enmienda.html>

<http://www.cesarsalgado.net/200302/030226b.htm>

[http://enj.org/portal/biblioteca/principios\\_fundamentales/derecho\\_constitucional/11.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/derecho_constitucional/11.pdf)

<http://www.prensa.com/uhora/washington-presiona-irak-para-lograr-inmunidad-de-sus-soldados/33463>

[http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/wikileaks-desvela-abusos-guantanamo/csrsrpor/20110425csrsrint\\_2/Tes](http://www.cadenaser.com/internacional/articulo/wikileaks-desvela-abusos-guantanamo/csrsrpor/20110425csrsrint_2/Tes)

<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/2E048A9478BB2678C1256DE100525076>

<http://www.paginasprodigy.com.mx/juliton/DOCUMENTOS/Activismo%20Judicial.pdf>

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/DT34-2010](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/Imprimir?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/DT34-2010)

[http://www.rcrcconference.org/docs\\_upl/es/31IC\\_Implementation\\_report\\_IHL\\_ES.pdf](http://www.rcrcconference.org/docs_upl/es/31IC_Implementation_report_IHL_ES.pdf)

<http://law.wayne.edu/profile/william.burnham/>

[http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos2/esp/artigo\\_rekosh.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos2/esp/artigo_rekosh.htm)

<http://www.smallarmssurvey.org/>

<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09662839208407087>

<http://www.terceradivision.mil.co/?idcategoria=100755>

<http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/>

[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d735086ef074791ec1256c2300578410/\\$FILE/G9914958.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d735086ef074791ec1256c2300578410/$FILE/G9914958.pdf)

[http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf)

[http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_sp.asp?year=1980](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?year=1980)

<http://www.univision.com/contentroot/wirefeeds/usa/8399761.shtmlhttp://www.univision.com/contentroot/wirefeeds/usa/8399761.shtml>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Portal:OTAN>

<http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0102/hc05/0577/0577.pdf>

<http://www.youtube.com/watch?v=nqM4tKPDlR8>

[http://www.youtube.com/watch?v=\\_1lsPfVBsKs](http://www.youtube.com/watch?v=_1lsPfVBsKs)

[http://www.youtube.com/watch?v=u4q\\_0OgBZ5g&feature=endscreen&NR=1](http://www.youtube.com/watch?v=u4q_0OgBZ5g&feature=endscreen&NR=1)

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/independencia.htm>

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>

<http://www.youtube.com/watch?v=mApU3pAiuqw&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=harZGVeHCkw&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=4wNVzZNkKtM&feature=fvwrel;>

<http://www.youtube.com/watch?v=pKzJ2Wnv9fA&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=OghrvsWu2L8&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=4myvqJlbGrs&feature=related>

<http://www.youtube.com/watch?v=MY2cf9H1iNk&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=79M3JyOf2Go&feature=endscreen&NR=1;>

<http://www.youtube.com/watch?v=4rS3edHaMA0&feature=related;>

<http://www.youtube.com/watch?v=Kq0PUpsmaeI&feature=endscreen&NR=1>

<http://www.zonafranca.mx/indigna-video-donde-marines-de-eua-orinan-sobre-cadaveres-de-afganos/>